

MASTER'S THESIS

Wet bestuur en toezicht rechtspersonen een zegen of een vloek?

Een onderzoek naar de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen

Verstraaten, A.

Award date:
2021

Awarding institution:
Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



Wet bestuur en toezicht rechtspersonen een zegen of een vloek?

Een onderzoek naar de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen.

Masteropleiding Rechtsgeleerdheid
Open Universiteit

Naam:	Anneloes Verstraaten
Studentnummer:	852114458
Begeleider:	mw. mr. dr. M.L.H. Reumers
Inleverdatum:	18 augustus 2021
Cursuscode:	RM9906
Rechtsgebied:	Privaatrecht

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie 'Wet bestuur en toezicht een zegen of een vloek?', waarmee ik mijn master Rechtsgeleerdheid, privaatrecht aan de Open Universiteit afrond.

Al sinds het behalen van mijn HBO-recht diploma in 2009 had ik de wens om door te studeren en mijn meesters titel te behalen. Door persoonlijke omstandigheden was ik pas in 2018 in de gelegenheid om te starten met de pre-master en aansluitend de master.

De aansprakelijkheid van bestuurders spreekt mij aan omdat ik daar in mijn functie als invorderingsspecialist bij de Belastingdienst mee te maken heb vanuit de Invorderingswet. Zodoende bestond de wens om met de invoering van de 'Wet bestuur en toezicht rechtspersonen' mij te verdiepen in de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van het Burgerlijk Wetboek en dan in het bijzonder ten aanzien van bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen.

De afgelopen maanden heb ik ontzettend hard aan deze scriptie gewerkt. Het was geen gemakkelijke opgave, sterker nog dit was voor mij het meest uitdagende vak van de master. Ik heb veel van het schrijven van deze scriptie geleerd, natuurlijk inhoudelijk maar ook over mijn eigen veerkracht en doorzettingsvermogen en ik ben trots op het eindresultaat.

Ik wil allereerst mijn werkgever bedanken voor de kans en de geboden faciliteiten om mijn meesters titel alsnog te behalen. Ik wil mijn scriptiebegeleidster mevrouw Reumers bedanken voor haar kritische blik en motiverende begeleiding. Ook wil ik graag mijn partner, familie en collega's bedanken voor hun steun tijdens het schrijfproces.

Ik wens u veel plezier met het lezen van deze scriptie.

Sneek, augustus 2021

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst	5
1. Inleiding	6
1.1. Aanleiding	6
1.2. Onderzoeksvragen	6
1.3. Afbakening	6
1.4. Onderzoeksmethoden	7
1.5. Opbouw	7
2. Bestuurdersaansprakelijkheid bij verenigingen/stichtingen	8
2.1. Inleiding	8
2.2. De vereniging/stichting als rechtspersoon	8
2.3. Bestuur en toezicht	8
2.4. Aansprakelijkheid	10
2.4.1. Antimisbruikwetgeving	10
2.4.2. Grondslagen voor aansprakelijkheid	10
3. Vergelijking van externe aansprakelijkheid bestuurders en toezichthouders verenigingen/stichtingen met NV's/BV's	17
3.1. Inleiding	17
3.2. Externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van NV's/BV's ..	17
3.3. Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement (WBF)	19
3.3.1. Inhoud en werking regeling	19
3.3.2. Kennelijk onbehoorlijk bestuur	20
3.3.3. Kennelijk onbehoorlijk toezicht	22
3.3.4. Oorzaak van het faillissement	24
3.4. Uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders in one-tier board	25
4. Wet bestuur en toezicht rechtspersonen	28
4.1. Inleiding	28
4.2. Aanleiding en doel WBTR	28
4.3. Parlementaire geschiedenis	29
5. Veranderingen en gevolgen door de WBTR voor de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen	32
5.1. Inleiding	32
5.2. Veranderingen ten aanzien van externe aansprakelijkheid	32
5.2.1. Wettelijke grondslag RvC en one-tier board	32
5.2.2. Aansprakelijkheid in faillissement	36
5.2.3. Aansprakelijkheid voor misleidende jaarrekening/tussentijdse cijfers/bestuursverslag	39
5.2.4. Ontsteltenis en belet	39
5.3. Bijdrage veranderingen aan het doel van de wet	41

6. Conclusie	42
7. Literatuurlijst.....	46

Afkortingenlijst

aant.	Aantekening
art.	artikel
AA	Ars Aequi
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
GS	Groene Serie
HR	Hoge Raad
IVOR	Instituut voor ondernemingsrecht
IW	Invorderingswet 1990
jo.	juncto
JuTD	Juridisch up to Date
m.nt.	met noot
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJB	Nederlands Juristenblad
NNV	nota naar aanleiding van het nader verslag
NV	Naamloze vennootschap
NV I/II	nota naar aanleiding van het verslag
NvT	nota van toelichting
NvW	nota van wijziging
PW	Pensioenwet
RN	Rechtspraak Notariaat
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvC	Raad van commissarissen
RvT	Raad van toezicht
Stb.	Staatsblad
T&C BW	Tekst en commentaar Burgerlijk Wetboek
TOP	Tijdschrift Ondernemingsrechtpraktijk
Tvl	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvOB	Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur
Uitv. Besl. Inv.	Uitvoeringsbesluit Invorderingswet 1990
VDHI	Serie vanwege het Van Der Heijden Instituut
Vpb-plichtig	Vennootschapsbelasting-plichtig
VV	voorlopig verslag
WBA	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid
WBF	Wet bestuurdersaansprakelijkheid in Faillissement
WBTR	Wet bestuur en toezicht rechtspersonen
Wet Bpf	Wet verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds 2000
Wet IB	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet VPB	Wet vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad fiscaal recht
Wkkga	Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg
Wonw.	Woningwet
WPO	Wet op het primair onderwijs
Wta	Wet toezicht accountantsorganisaties
WTZi	Wet toelating zorginstellingen
WVO	Wet op het voorgezet onderwijs

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

In Nederland zijn veel verenigingen/stichtingen actief en zij hebben vaak een sociaal of maatschappelijk doel.¹ In het verleden hebben er incidenten/misstanden plaatsgevonden op het gebied van bestuur en toezicht in de sociale huursector, de gezondheidszorg en het onderwijs. Dit was aanleiding voor de 'Wet bestuur en toezicht rechtspersonen' (hierna: WBTR) welke per 1 juli 2021 grotendeels in werking is getreden.² Mijn onderzoek richt zich op de veranderingen die deze wet ten aanzien van externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen met zich meebrengt, afgezet tegen de voorgaande aansprakelijkheidsregeling alsmede tegen de aansprakelijkheidsregeling van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van naamloze vennootschappen (hierna: NV) en besloten vennootschappen (hierna BV). Al in 2014 werd het voorontwerp van het wetsvoorstel ter inzage gelegd en pas in november 2020 werd de wet goedgekeurd. De wet heeft tot veel kritiek en vragen geleid binnen de politiek en onder juristen en auteurs. Zodoende voor mij de aanleiding om de WBTR ten aanzien van de nieuwe aansprakelijkheidsbepalingen voor bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen onder de loep te nemen.

1.2. Onderzoeksvragen

Om doelgericht onderzoek te kunnen verrichten, staat de volgende onderzoeksvraag centraal in deze scriptie:

Welke veranderingen en (mogelijke) gevolgen brengt de invoering van de WBTR ten aanzien van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen met zich mee en dragen deze veranderingen bij aan de verwezenlijking van het doel van de WBTR?

Voor de beantwoording van deze onderzoeksvraag heb ik de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Hoe was de externe aansprakelijkheid voor bestuurders en toezichthouders voor hun bestuurshandelingen bij verenigingen/stichtingen geregeld vóór 1 juli 2021 afgezet tegen de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van NV's/BV's?
2. Hoe moet het begrip kennelijk onbehoorlijk bestuur worden geduid en toegepast?
3. Welke rol speelt de positie van uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders in een one-tier board bij externe aansprakelijkheid?
4. Wat is het doel en de aanleiding van de WBTR en wat zijn de veranderingen met betrekking tot externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen?
5. Welke (mogelijke) gevolgen heeft de invoering van de WBTR voor de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen?
6. In hoeverre kunnen de veranderingen bijdragen aan het doel van de WBTR ten aanzien van de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen?

1.3. Afbakening

Het onderzoek richt zich op de veranderingen die de WBTR ten aanzien van aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van

¹ Denk hierbij aan culturele activiteiten, sport en vrije tijd, maatschappelijke dienstverlening, gezondheidszorg, belangenorganisaties, liefdadigheidsdoeleinden en nog op vele andere sociale vlakken.

² *Stb.* 2020, 507; *Stb.* 2021, 284; Zie over de inwerkingtreding van de bepalingen van de WBTR ook paragraaf 1.3 en 4.3.

verenigingen/stichtingen meebrengt. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen interne en externe aansprakelijkheid van de bestuurder en toezichthouder. In het geval van interne aansprakelijkheid gaat het om de aansprakelijkheid van de bestuurder of toezichthouder tegenover de rechtspersoon zelf. Conform art. 2:9 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Wanneer de bestuurder zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld kan hij onder omstandigheden door de rechtspersoon (persoonlijk) aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de rechtspersoon als gevolg daarvan heeft geleden. Van externe aansprakelijkheid is sprake wanneer een bestuurder of toezichthouder van een vereniging/stichting (persoonlijk) aansprakelijk is tegenover een derde.³ In deze scriptie behandel ik alleen de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen.

Ik richt me alleen op de externe aansprakelijkheid omdat de bepalingen daarover al diverse veranderingen met zich meebrengen en dit mijn interesse wekt. Het behandelen van de veranderingen en gevolgen van zowel de interne als de externe aansprakelijkheid van bestuurders van verenigingen/stichtingen zou het onderzoek bovendien te groot maken en zodoende het bestek van deze scriptie te buiten gaan. Nu met name de externe aansprakelijkheden mijn interesse wekken, heb ik ervoor gekozen om alleen de externe aansprakelijkheden van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) te onderzoeken. Verder heb ik me beperkt tot bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen, omdat de veranderingen die de WBTR beoogt met name op deze rechtspersonen zien.

Bij besluit van 11 juni 2021⁴ is het besluit tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de WBTR gewijzigd, waarbij de inwerkingtreding van een aantal bepalingen is uitgesteld tot een nader bij koninklijk besluit te bepalen datum. In deze scriptie ga ik gemakshalve al uit van de gehele invoering van de WBTR en heb ik zodoende ook de uitgestelde bepalingen meegenomen.

1.4. Onderzoeksmethoden

Voor deze scriptie heb ik een literatuur- en jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. Daarnaast heb ik een vergelijking gemaakt tussen de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen ten opzichte van NV's/BV's voor 1 juli 2021, nu de aansprakelijkheidsbepalingen voor bestuurders en toezichthouders van NV's/BV's tot dan toe duidelijk uitgebreider waren. Mijn onderzoek heb ik op 1 juli 2021 afgesloten, waarna de focus op het redigeren van deze scriptie lag.

1.5. Opbouw

Na deze inleiding worden in hoofdstuk 2 de externe aansprakelijkheden van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen voor de invoering van de WBTR behandeld. Hierbij ga ik kort in op de vereniging en stichting als rechtspersonen en de positie en rol van het bestuur en de toezichthouders bij deze rechtspersonen. Vervolgens maak ik in hoofdstuk 3 de vergelijking met de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van NV's/BV's. Hier ga ik in op externe aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW en vooral ook op de 'Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement' i.e. art. 2:138/248 BW, alsmede op de externe aansprakelijkheid van uitvoerende versus niet uitvoerende bestuurders in een one-tier board. In hoofdstuk 4 bespreek ik de aanleiding en het doel van de WBTR alsmede de totstandkoming van die wet. De veranderingen en gevolgen van de WBTR ten aanzien van de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) komen in hoofdstuk 5 aan de orde, waarbij ik de daarop geuite kritiek in de literatuur en in de politiek behandel. Ten slotte geef ik in hoofdstuk 6 antwoord op de deelvragen en de onderzoeksvraag.

³ Denk hierbij aan derden zoals schuldeisers, contractspartijen en dergelijke.

⁴ Stb. 2021, 284.

2. Bestuurdersaansprakelijkheid bij verenigingen/stichtingen

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk ga ik in de eerste twee paragrafen kort in op de vereniging en stichting als rechtspersonen en de positie en rol van het bestuur en de toezichthouders bij deze rechtspersonen. Vervolgens behandel ik in paragraaf 3 de verschillende grondslagen voor externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen vóór 1 juli 2021.

2.2. De vereniging/stichting als rechtspersoon

De bepalingen omtrent verenigingen/stichtingen staan beschreven in boek 2 (rechtspersonen) van het Burgerlijk Wetboek (hierna BW). Art. 2:26 BW omschrijft de vereniging als een rechtspersoon met leden die is gericht op een bepaald doel, anders dan een doel dat in de wet is omschreven voor de coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij. Het doel van de vereniging moet in de statuten zijn opgenomen (art. 2:27 lid 4 onderdeel b BW) als de vereniging is opgericht bij notariële akte. De vereniging mag geen winst onder haar leden verdelen zo bepaalt art. 2:26 lid 3 BW. Er wordt daarbij verschil gemaakt tussen een formele en informele vereniging.⁵ Of er sprake is van een formele of informele vereniging is onder andere van belang bij de beantwoording van de vraag op welke wijze de bestuurders aansprakelijk kunnen worden gesteld. Hierop kom ik in paragraaf 3 terug.

De vereniging is een samenwerkingsverband van leden, waarbij de leden bevoegdheden hebben via het stemrecht dat zij in de algemene vergadering kunnen uitoefenen (art. 2:38 BW).⁶ De benoeming, ontslag en schorsing van het bestuur gebeurt door de algemene vergadering en is geregeld in art. 2:37 BW. In lid 1 is bepaald dat het bestuur uit de leden wordt benoemd. Maar het is ook mogelijk niet-leden als bestuur te benoemen indien dit in de statuten is bepaald, zo vermeldt lid 1. De taak van het bestuur is het besturen van de vereniging (art. 2:44 lid 1 BW). Volgens Rensen kan besturen worden gezien als leiding geven, het omvat de zorg voor een goede taakvervulling van een vereniging, voor haar deelneming aan het maatschappelijk verkeer en voor haar organisatie en omvat alle handelingen die vallen onder de statutaire doelomschrijving.⁷ Ook strekt het bestuur zich uit over het beheer van het vermogen. Bij dit alles is het belang van de vereniging leidend.⁸

Een stichting is een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon zonder leden, die beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken (art. 2:285 lid 1 BW). Het doel mag volgens lid 2 niet inhouden het doen van uitkeringen aan de oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen of aan anderen. Een uitzondering daarop bestaat wanneer het gaat om uitkeringen aan anderen met een ideële of sociale strekking. Het doel van de stichting moet in de statuten zijn opgenomen (art. 2:286 lid 4 onderdeel b BW). Een stichting moet worden opgericht bij notariële akte (art. 2:286 lid 1 BW).

2.3. Bestuur en toezicht

Het bestuur is dus belast met het besturen van de vereniging/stichting. De bestuurders zijn het gezicht en de stem van de vereniging/stichting. Zij behartigen de belangen van de vereniging/stichting en kunnen haar rechtsgeldig vertegenwoordigen en binden. Ook bepalen

⁵ Een formele vereniging is opgericht door middel van een notariële akte conform art. 2:26 en 2:27 BW en van een informele vereniging is sprake wanneer de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte. In het laatste geval kan de vereniging geen registergoederen verkrijgen en ook geen erfgenaam zijn (art. 2:30 lid 1 BW).

⁶ Rensen, in: *T&C BW 2019*, commentaar op art. 2:26 BW, aant. 2 (online, bijgewerkt 15-02-2021).

⁷ Asser/Rensen, *2-III 2017/125*.

⁸ Asser/Rensen, *2-III 2017/125*.

de bestuurders doorgaans wat de vereniging/stichting doet dan wel nalaat.⁹ De vereniging/stichting kan deelnemen aan het rechtsverkeer, zij moet hiervoor worden vertegenwoordigd door het bestuur, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit (art. 2:45/292 lid 1 BW). Het bestuur (bestaande uit één of meer bestuurders) is zodoende bevoegd om rechtshandelingen namens de vereniging/stichting te verrichten. Het bestuur vertegenwoordigt de vereniging/stichting (tenzij de wet anders bepaald), waarbij de statuten bovendien kunnen bepalen dat die bevoegdheid aan één of meerdere bestuurders apart of gezamenlijk toekomt (art. 2:45/292 lid 1 en 2 BW). Deze bevoegdheid is onbeperkt en onvoorwaardelijk, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 2:45/292 lid 3 BW). Het toekennen van vertegenwoordigingsbevoegdheid aan 'andere personen'¹⁰ dan het bestuur is mogelijk door die vertegenwoordigingsbevoegdheid op te nemen in de statuten.¹¹

De wet spreekt over 'het bestuur' als zijnde één orgaan, echter verdeling van de bestuurstaken over verschillende organen is niet uitgesloten.¹² Zo kennen we de volgende bestuursmodellen voor verenigingen en/of stichtingen:

Bestuur en directie

Men kan de bestuurlijke bevoegdheden verdelen over het bestuur en de directie, hiervoor zijn twee verschillende modellen mogelijk. Het eerste model is het "klassieke of instructiemodel" waarbij er één of meer directeuren worden aangesteld die ondergeschikt zijn aan het bestuur. De bestuurlijke bevoegdheden liggen bij het bestuur, maar dit kan zijn bevoegdheden geheel of gedeeltelijk door de directie laten benutten, echter alleen onder verantwoordelijkheid en gezag van het bestuur.¹³ De bevoegdheden van de directie worden dan veelal in een directiestatuut neergelegd. Dit is een directiereglement of bestuursbesluit dat vaak een mandaat voor de directie bevat.¹⁴

Het tweede model is het "raad van beheermodel" waarbij het bestuur de raad van beheer wordt genoemd, maar meer op afstand van de directie staat dan in het instructiemodel. De raad van beheer houdt dan toezicht op de directie. De verdeling van de bestuurlijke bevoegdheden vindt plaats in de statuten van de vereniging/stichting.¹⁵ Beide modellen worden zowel bij verenigingen als stichtingen gebruikt.

Algemeen bestuur en dagelijks bestuur

Het verdelen van bestuurlijke functies over twee organen, namelijk het algemeen bestuur en het dagelijks bestuur, komt veel voor bij verenigingen.¹⁶ In de statuten wordt dan bepaald welke bestuursbevoegdheden aan de afzonderlijke organen toekomen. Afhankelijk van wat in de statuten is bepaald vormt één van beide organen, of vormen beide organen tezamen, het bestuur zoals in de wet staat beschreven.¹⁷ Mocht het dagelijks bestuur onbevoegd een besluit hebben genomen, dan kan dat besluit alsnog worden bekrachtigd door het algemeen

⁹ Bij verenigingen hebben de leden zoals beschreven in paragraaf 2.2. stemrecht in de algemene vergadering (art. 2:38 BW) en de algemene vergadering regelt de benoeming, ontslag en schorsing van het bestuur (art. 2:37 BW). Zodoende kunnen de leden invloed uitoefenen op de besluitvorming van het bestuur.

¹⁰ Derden.

¹¹ Conform art. 2:45 lid 4, 2:130 lid 4, 2:240 lid 4 BW, 2:292 lid 4 BW; Zie ook Huizink, in: *GS rechtspersonen*, art. 2:11 BW, aant. 3. (online, bijgewerkt 23-08-2020).

¹² Vlg. Overes, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:44 BW, aant. 4 (online, bijgewerkt 30-09-2015); Asser/Rensen 2-III 2017/152.

¹³ Overes, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:44 BW, aant. 5 (online, bijgewerkt 30-09-2015); Van Uchelen-Schipper 2018, par. 3.3.8.

¹⁴ Van Uchelen-Schipper 2018, par. 3.3.8.

¹⁵ Van Uchelen-Schipper 2018, par. 3.3.8; Zie ook Overes, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:44 BW, aant. 5 (online, bijgewerkt 30-09-2015).

¹⁶ Asser/Rensen 2-III 2017/152.

¹⁷ Asser/Rensen 2-III 2017/152.

bestuur op grond van art. 2:14 lid 2 BW.¹⁸ Het algemeen bestuur heeft in dit model veelal de rol van toezichthouder en bestuurt zodoende meer vanaf afstand.¹⁹

Bestuur en raad van toezicht

Het is ook mogelijk om naast het bestuur een apart toezichtsorgaan in te stellen. Het bestuur wordt hierbij veelal gevormd door professionals en er is een “raad van toezicht” (RvT) die toezicht houdt op en raad geeft aan het bestuur. Vooral bij non-profit organisaties wordt dit model veel toegepast.²⁰ In de profitsector (bij NV's/BV's) wordt in plaats van de RvT de term raad van commissarissen gebruikt (RvC). Beide zijn toezichthoudende organen. Ook in art. 2:47/48 BW wordt ten aanzien van de vereniging gesproken over commissarissen, zodat een vereniging ook een RvC kan instellen als toezichthoudend orgaan. Hiervoor ontbrak tot 1 juli 2021 echter een concrete wettelijke regeling. Wel kon men ook vóór 1 juli 2021 in de statuten opnemen dat het instellen van een toezichthoudend orgaan verplicht was.

2.4. Aansprakelijkheid

2.4.1. Antimisbruikwetgeving

Om misbruik van rechtspersoonlijkheid tegen te gaan zijn er in de afgelopen decennia diverse antimisbruikwetten in het leven geroepen. De tweede antimisbruikwet, de ‘Wet bestuurdersaansprakelijkheid’ (WBA), biedt de mogelijkheid om bestuurders van commerciële rechtspersonen²¹ in bepaalde gevallen aansprakelijk te stellen voor schulden die de rechtspersoon aan bedrijfsverenigingen, verplichte pensioenfondsen en de Belastingdienst heeft.²²

De derde antimisbruikwet, de ‘Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement’ (WBF), beoogde de curator in het faillissement van een commerciële rechtspersoon een sterkere positie te geven om de bestuurders persoonlijk aansprakelijk te stellen, indien er sprake was geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur.²³

Deze antimisbruikwetten richten zich op bestuurders die rechtspersonen misbruiken en op onverantwoordelijke roekeloze bestuurders. Ze beogen het malafide en roekeloze gebruik van rechtspersonen af te remmen en het oplopen van niet-verhaalbare schulden tegen te gaan.²⁴ In de volgende paragraaf wordt de toepassing van deze wetten verder toegelicht voor zover van belang voor dit onderzoek.

2.4.2. Grondslagen voor aansprakelijkheid

Nog niet opgerichte vereniging/stichting

Voor verenigingen/stichtingen zijn geen bepalingen in de wet opgenomen waaruit blijkt wie aansprakelijk is voor rechtshandelingen van iemand die handelt namens een op te richten vereniging/stichting. Voor NV's/BV's zijn hiervoor regels opgenomen in art. 2:93/203 BW, waarin onder meer staat dat degenen die een rechtshandeling verrichten in beginsel namens een op te richten vennootschap daardoor hoofdelijk verbonden zijn, totdat de vennootschap na haar oprichting de rechtshandeling heeft bekrachtigd. In het arrest van 24 januari 1997 bepaalde de Hoge Raad dat aangenomen moet worden dat het bepaalde in art. 2:93/203 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is op andere rechtspersonen.²⁵ Tegen die

¹⁸ HR 12 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:164, m.nt. L.E.H. Rutten; Zie ook Asser/Rensen 2-III 2017/153; Overes, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:44 BW, aant. 7 (online, bijgewerkt 30-09-2015).

¹⁹ Asser/Rensen 2-III 2017/152; ‘Bestuursmodellen voor een stichting’, juist-advies.nl.

²⁰ Vlg. Asser/Rensen 2-III 2017/154.

²¹ Rechtspersonen die zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting.

²² *Stb.* 1986, 276; Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/17.

²³ *Stb.* 1986, 275; Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/453.

²⁴ *Kamerstukken II* 1991/92, 17050, nr. 147, p. 5; Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/454.

²⁵ HR 24 januari 1997, ECLI:HR:1997:ZC2257, m.nt. J.M.M. Maeijer.

achtergrond wordt algemeen aangenomen dat ook art. 2:93/203 lid 2 en 3 BW analoog moeten worden toegepast bij andere private rechtspersonen uit boek 2 zoals de vereniging/stichting. Dit was ook het standpunt van A-G Hartkamp destijds.²⁶

Nog niet ingeschreven formele vereniging/stichting

Zowel een formele vereniging als een stichting dient zich in te schrijven in het handelsregister. Hierbij dient een authentiek afschrift of authentiek uittreksel van de akte van oprichting, bevattende de statuten, ten kantore van het handelsregister te worden neergelegd. Zolang dit alles niet is gebeurd, is iedere bestuurder voor een rechtshandeling waardoor hij de vereniging/stichting bindt, naast de vereniging/stichting hoofdelijk aansprakelijk jegens derden op grond van art. 2:29/289 lid 2 BW. Op iedere bestuurder van de formele vereniging of stichting rust de verplichting tot inschrijving in het handelsregister. Dit vloeit voort uit art. 2:29/289 BW als mede uit art. 2:9 BW waarin staat dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken, en het inschrijven van de vereniging/stichting en nederlegging van de in 2:29/289 lid 1 BW genoemde stukken behoort tot de algemene gang van zaken. De niet inschrijving en nederlegging is zodoende in strijd met de wettelijke plicht.²⁷

Informele vereniging

Een bestuurder van een informele vereniging is naast de vereniging hoofdelijk verbonden voor schulden uit een rechtshandeling die tijdens zijn bestuur opeisbaar worden (art. 2:30 lid 2 BW). Zodoende kan de bestuurder van een informele vereniging dus door een schuldeiser aansprakelijk worden gesteld voor een openstaande schuld. “De hoofdelijke aansprakelijkheid van alle fungerende bestuurders is ingegeven door de gedachte dat schulden van enige betekenis van een vereniging in de regel ontstaan als gevolg van een bestuursbesluit. Maar ook indien dit niet het geval is ontstaat hoofdelijk aansprakelijkheid”, aldus Rensen.²⁸ Een bestuurder kan zich disculperen indien hij niet tevoren over de rechtshandeling is geraadpleegd en hij heeft geweigerd de rechtshandeling, toen zij hem bekend werd, voor zijn verantwoording te nemen.²⁹ Dat de bestuurder de rechtshandeling niet voor zijn verantwoording wil nemen kan hij laten blijken door de rechtshandeling ongedaan te maken of indien dat niet mogelijk is af te treden.³⁰

Aansprakelijkheid in faillissement

Indien een *formele* vereniging of een stichting Vpb-plichtig is heeft de curator in het geval van faillissement de bevoegdheid om de bestuurder(s) van die vereniging/stichting persoonlijk aansprakelijk te stellen namens de gezamenlijke schuldeisers, indien hij constateert dat er sprake is van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (conform art. 2:50a/300a jo. 2:138 BW oud).³¹

In art. 2 lid 1 onderdeel d van de Wet VPB is bepaald dat in Nederland gevestigde verenigingen/stichtingen die op de voet van de Woningwet bij koninklijk besluit zijn toegelaten als instellingen die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn, onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting. Zodoende zijn woningstichtingen en woningverenigingen dus altijd Vpb-plichtig.³² Vervolgens is in onderdeel e van dat artikel

²⁶ Concl. A-G Hartkamp, bij HR 24 januari 1997, ECLI:HR:1997:ZC2257, NJ 1997, 399.

²⁷ Udo 2015, p. 155-156.

²⁸ Asser/Rensen 2-III 2017/22.

²⁹ *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, Aanpassing BV* 1991, p. 228; Zie ook Asser/Rensen 2-III 2017/22.

³⁰ Asser/Rensen 2-III 2017/22.

³¹ Welke zien op de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van naamloze en besloten vennootschappen en tot stand zijn gekomen als gevolg van de derde antimisbruikwet en van overeenkomstige toepassing zijn verklaard voor verenigingen en stichtingen.

³² Udo 2015 p. 72.

bepaald dat andere dan in onderdeel d genoemde verenigingen/stichtingen Vpb-plichtig zijn indien en voor zover zij een onderneming drijven. Het gaat daarbij om de vraag of de vereniging/stichting een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal in stand houdt die door deelname aan het economische verkeer beoogt winst te behalen, als bedoeld in art. 3.4 Wet IB.³³ In art. 4 onderdeel a Wet VPB is dit nader uitgebreid door de vermelding dat onder het drijven van een onderneming mede wordt verstaan een uiterlijk daarmee overeenkomende werkzaamheid waardoor in concurrentie wordt getreden met andere ondernemingen.³⁴ Ter verduidelijking van het concurrentie criterium heeft A-G Wattel in zijn conclusie vóór de Hoge Raad van 22 juni 2012 een checklist opgesteld.³⁵ De meeste andere verenigingen/stichtingen zijn niet Vpb-plichtig zodat aansprakelijkstelling op grond van dit artikel eerder uitzondering dan regel zal zijn.³⁶

In art. 2:50a/300a BW jo. art. 2:149 BW is art. 2:138 BW ook van overeenkomstige toepassing verklaard op commissarissen van een *formele* vereniging of stichting die Vpb-plichtig is. Zodoende kan ook een commissaris van een dergelijke vereniging/stichting door de curator aansprakelijk gesteld worden, mits aan de voorwaarden daartoe is voldaan.

Daarnaast is in art. 2:50a/300a BW in het geval van faillissement ook art. 2:139/150 BW van overeenkomstige toepassing verklaard voor bestuurders respectievelijk commissarissen van *formele* verenigingen en stichtingen die Vpb-plichtig zijn. Dit betreft de zogenoemde "balansaansprakelijkheid". Indien door de jaarrekening, door tussentijdse cijfers die de vereniging/stichting bekend heeft gemaakt of door het bestuursverslag een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vereniging/stichting, zijn de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de door de derden daardoor geleden schade (art. 2:50a/300a jo. 2:139 BW). Voor commissarissen van deze verenigingen/stichtingen geldt deze aansprakelijkheid alleen in het geval van misleidende jaarrekeningen (art. 2:50a/300a jo. 2:150 BW).

In hoofdstuk 3 bespreek ik wat geldt ten aanzien van de externe aansprakelijkheid voor bestuurders en commissarissen van NV's/BV's en zal ik daarnaast expliciet ingaan op de vereisten van aansprakelijkstelling van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) op grond van art. 2:138/248 en 2:149/259 BW door de curator.

Fiscale aansprakelijkheid

Uit de tweede antimisbruikwet vloeit de mogelijke aansprakelijkheid voort van bestuurders van een vereniging/stichting tegenover de Belastingdienst. Het gaat daarbij om de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een vereniging/stichting die aan de vennootschapsbelasting is onderworpen voor afdracht van onder meer door de vereniging/stichting verschuldigde loonbelasting, omzetbelasting, accijns en kansspelbelasting.³⁷

Verenigingen met een coöperatieve grondslag en andere verenigingen als en voor zover zij een onderneming drijven zijn altijd Vpb-plichtig. Overige verenigingen vallen onder de bestuurdersaansprakelijkheid van art. 36 lid 1 IW, mits zij Vpb-plichtig en volledig rechtsbevoegd zijn. Zodoende moet er sprake zijn van een *formele* vereniging en bepalen de activiteiten van de vereniging of deze Vpb-plichtig is.³⁸ Een stichting is steeds volledig rechtsbevoegd,³⁹ en wanneer deze een onderneming drijft is deze Vpb-plichtig en valt de stichting onder de bestuurdersaansprakelijkheid van art. 36 IW.⁴⁰

In deze aansprakelijkheidsregeling staat een mededelingsplicht centraal: het lichaam is verplicht om onverwijld nadat is gebleken dat het niet tot betaling in staat is, daarvan

³³ Asser/Rensen 2-III 2017/163a.

³⁴ Asser/Rensen 2-III 2017/163a.

³⁵ Conclusie A-G P.J. Wattel 22 juni 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BR6294, bij HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR6294.

³⁶ Asser/Rensen 2-III 2017/163a.

³⁷ Asser/Rensen 2-III 2017/163a; art. 36 en 36b IW.

³⁸ Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders 2021, par. 48.1.2.

³⁹ Een stichting kan alleen worden opgericht bij notariële akte conform art. 2:286 BW.

⁴⁰ Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders 2021, par. 48.1.3.

schriftelijk mededeling te doen aan de ontvanger.⁴¹ Het belang van de meldingsplicht strekt ertoe om de Belastingdienst in een zo vroeg mogelijk stadium kennis te laten nemen van de betalingsonmacht van het lichaam, alsmede om inzicht te verkrijgen in de aard en de omvang van de financiële problemen van belastingschuldige en de ontvanger de mogelijkheid te geven om invorderingsmaatregelen te nemen.⁴² Bij de melding moet het lichaam zodoende inzicht geven in de omstandigheden die ertoe geleid hebben dat er niet tijdig is betaald (art. 7 lid 3 Uitv.Besl. Inv).

Volgens de Leidraad Invordering wordt onder betalingsonmacht verstaan: de omstandigheid dat de belastingschuldige voor zijn belastingen (opgesomd in art. 36 IW):

- onvoldoende liquide middelen heeft om die te voldoen;
- tijdelijk te weinig liquide middelen heeft die te voldoen en hij de redelijke verwachting heeft dat hij die verplichting alsnog zal nakomen;
- wel voldoende liquide middelen heeft om die te voldoen, maar hij deze daarvoor niet aanwendt in verband met zijn overige opeisbare betalingsverplichtingen.

In deze gevallen dient de betalingsonmacht aan de ontvanger worden gemeld.

Of het lichaam de betalingsonmacht heeft gemeld en of deze melding rechtsgeldig is, wordt vervolgens door de ontvanger beoordeeld op grond van de bepalingen in de Leidraad Invordering.⁴³

Indien het lichaam niet of niet op de juiste wijze heeft gemeld, zijn de bestuurders daarvan zonder meer aansprakelijk en wordt aangenomen dat de niet-betaling aan hen is te wijten (art. 36 lid 4 IW). Dit bewijsvermoeden kan alleen worden weerlegt indien de bestuurder aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat het lichaam niet aan zijn meldingsplicht heeft voldaan (art. 36 lid 4 IW laatste zin). Wanneer het lichaam wel tijdig en rechtsgeldig de betalingsonmacht heeft gemeld, zijn de bestuurders aansprakelijk indien aannemelijk is, dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren, voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling (art. 36 lid 3 BW). De bewijslast van het kennelijk onbehoorlijk bestuur ligt dan bij de ontvanger.

In art. 36 lid 5 IW wordt het begrip bestuurder uitgebreid, zodoende wordt daar ook onder verstaan:

- De gewezen bestuurder tijdens wiens bestuur de belastingschuld is ontstaan;
- De feitelijk bestuurder, zijnde degene van wie aannemelijk is dat hij het beleid van het lichaam heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Een commissaris of toezichthouder wordt hierbij door de belastingdienst niet als feitelijk bestuurder aangemerkt.⁴⁴
- Indien een bestuurder van een lichaam is de zin van de AWR: ieder van de bestuurders van het laatstbedoelde lichaam. Waarbij je uiteindelijk uitkomt bij één of meer natuurlijke personen.

Onrechtmatige daad

In beginsel is de rechtspersoon zelf aansprakelijk voor schulden en schade als gevolg van een handelen of nalaten dat aan de rechtspersoon kan worden toegerekend en kan een bestuurder hiervoor niet in privé worden aangesproken. Dit zou voortvloeien uit het wezen van de rechtspersoon, die als rechtssubject zelfstandig drager is van rechten en verplichtingen.⁴⁵ Het is onder omstandigheden echter mogelijk voor een derde om een bestuurder van een vereniging/stichting op grond van onrechtmatige daad (conform art. 6:162 BW) persoonlijk aansprakelijk te stellen. In geval van faillissement van de vereniging/stichting heeft ook de curator de mogelijkheid om namens de gezamenlijke

⁴¹ Een zelfde meldingsplicht geldt ook voor bestuurders van rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen die bijdragen ter zake van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op grond van art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000; Zie ook: Vetter, Tekstra & Wattel 2012, p. 60.

⁴² Lamur, *WFR* 2018/115.

⁴³ Zie art. 36.5 Leidraad invordering.

⁴⁴ Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders 2021. par. 48.4.2.

⁴⁵ Vlg. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-//² 2009/469.

schuldeisers een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen tegen één of meer bestuurders van de vereniging/stichting.⁴⁶

Voor een geslaagd beroep op onrechtmatige daad moet zijn voldaan aan 5 vereisten:

- Er moet sprake zijn van een onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 2 BW).⁴⁷
- De onrechtmatige daad moet aan de bestuurder kunnen worden toegerekend (art. 6:162 lid 1 en lid 3 BW)
- Er moet sprake zijn van schade bij de derde (art. 6:162 lid 1 BW).
- Er moet een causaal verband zijn tussen de schade en de onrechtmatige daad.
- De geschonden norm moet beschermen tegen de veroorzaakte schade (relativiteitsbeginsel art. 6:163 BW).

In de afgelopen decennia heeft de Hoge Raad de vereisten voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders op grond van onrechtmatige daad nader ingevuld. Hieronder wordt in dat kader een aantal belangrijke arresten besproken.

Beklamel

In 1989 bepaalde de Hoge Raad in dit arrest dat de aansprakelijkheid van een bestuurder kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de rechtspersoon aangaan van verbintenissen wist of er niet aan behoefde te twijfelen, dat de rechtspersoon niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de derde, ten gevolge van die wanprestatie zou lijden.⁴⁸ Dit criterium staat bekend als het 'Beklamel-criterium'.

Ontvanger/Roelofsen

Vervolgens bepaalde de Hoge Raad in 2006 dat ingeval van benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering naast de vennootschap zelf ook, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt.⁴⁹ Volgens de Hoge Raad mag in beide gevallen in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁵⁰ Voor de onder (i) bedoelde gevallen geldt het hiervoor genoemde Beklamel-criterium. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁵¹ Hiervan kan volgens de Hoge Raad in ieder geval sprake van zijn als vast komt te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelswijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.⁵² Maar er kunnen zich ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden aangenomen.⁵³

De Hoge Raad verwijst in dit arrest ook nog naar het arrest van 18 februari 2000, waarin werd bepaald dat het van de concrete omstandigheden afhangt of het aan de

⁴⁶ HR 14 januari 1982, ECLI:NL:HR:1983:AG4521 (*Peeters/Gatzen*).

⁴⁷ Als onrechtmatige daad wordt aangemerkt: een inbreuk op een recht of een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt behoudens een rechtvaardigingsgrond.

⁴⁸ HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, r.o. 3.2. (*Beklamel*); Zie ook Asser/Rensen 2-III 2017/163a; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/469.

⁴⁹ HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, r.o. 3.5. (*Ontvanger/Roelofsen*).

⁵⁰ HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, r.o. 3.5 (*Ontvanger/Roelofsen*).

⁵¹ HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, r.o. 3.5 (*Ontvanger/Roelofsen*).

⁵² HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, r.o. 3.5 (*Ontvanger/Roelofsen*).

⁵³ HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, r.o. 3.5 (*Ontvanger/Roelofsen*).

bestuurder te maken verwijt voldoende ernstig is om hem persoonlijk aansprakelijk te stellen.⁵⁴ Volgens Van Solinge en Nieuwe Weme duidt de term 'voldoende' erop dat de rechter bij het hanteren van de toetsingsnorm niet te lichtvaardig ernstige verwijtbaarheid en daarmee aansprakelijkheid moet aannemen.⁵⁵

Verenigingen/stichtingen

Alhoewel het in de zojuist besproken arresten van de Hoge Raad steeds ging om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van bestuurders van vennootschappen lijkt het erop dat we de daarin gegeven regels kunnen doortrekken naar alle rechtspersonen (art. 2:2 BW) waaronder verenigingen/stichtingen. Over het algemeen wordt deze gedachtegang geaccepteerd.⁵⁶ Dit ligt ook voor de hand omdat bestuurders van verenigingen/stichtingen net als bestuurders van vennootschappen namens de rechtspersoon rechtshandelingen kunnen verrichten en zich bij eerst genoemde rechtspersonen zodoende vergelijkbare situaties kunnen voordoen als in Beklamel en/of Ontvanger/Roelofsen. Dat ook rechters de rechtsregels uit deze arresten toepassen bij de beoordeling van aansprakelijkheid van bestuurders van verenigingen/stichtingen op grond van onrechtmatige daad blijkt uit de jurisprudentie.⁵⁷

Ook toezichthouders (commissarissen) van verenigingen/stichtingen kunnen op grond van onrechtmatige daad door derden aansprakelijk worden gesteld.⁵⁸ In dit geval geldt eveneens dat er sprake moet zijn van een onbehoorlijke taakvervulling door de toezichthouder (commissaris) en hem daarvan een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden. Zo oordeelde het Gerechtshof Den Haag de aansprakelijkheid van toezichthouders van een stichting langs de lijnen van het Ontvanger/Roelofsen-arrest.⁵⁹ Het hof gaf daarbij aan dat bij de beoordeling van aansprakelijkheid van toezichthouders van belang is welke taken krachtens de statuten aan hen zijn toegedeeld.⁶⁰

Of er sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt hangt af van de omstandigheden van het geval. Zo achtte de Hoge Raad het feit dat een bestuurder er niet op toeziet dat de vennootschap tijdig haar financiële verplichtingen tegenover schuldeisers nakomt onvoldoende om als persoonlijk ernstig verwijt aan te merken.⁶¹ Ook was de Hoge Raad van oordeel dat een medebestuurder die bij het sluiten van een overeenkomst de vennootschap niet vertegenwoordigde niet persoonlijk aansprakelijk is, tenzij die medebestuurder op andere wijze nauw bij die overeenkomst betrokken was.⁶² Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde in 2016, in navolging van het eerdere oordeel van de rechtbank Noord-Holland⁶³, dat een bestuurder van een vereniging een persoonlijk ernstig verwijt kon worden gemaakt omdat voorzienbaar was dat als gevolg van het niet uitvoeren van de aan de bestuurder opgedragen taak (penningmeester en secretaris) de schulden van de vereniging zouden oplopen en er naheffingsaanslagen voor de omzetbelasting zouden worden opgelegd.⁶⁴ Het verweer van de bestuurder dat hij alleen op papier bestuurder was (onder druk van medebestuurders) en dus geen bestuurstaken verrichte werd door het hof niet gehonoreerd omdat de bestuurder volgens het hof had ingestemd met zijn benoeming tot bestuurder en zich daardoor had verplicht tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Voor de naheffingsaanslagen omzetbelasting gedurende zijn bestuursperiode was de bestuurder volgens het hof dan ook persoonlijk aansprakelijk.⁶⁵

⁵⁴ HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:AA4873, r.o. 3.4.1.

⁵⁵ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/448.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Asser/Rensen 2-III 2017/163a en 338a; Overes, *Ondernemingsrecht* 2015/103, par. 5; Hamers & Renssen, 2018, par. 10.3.4.

⁵⁷ Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2007; Hof Amsterdam 27 februari 2018, ECLI:NL:GHAM:2018:699.

⁵⁸ Asser/Rensen 2-III 2017/163d; Asser/Rensen 2-III 2017/345.

⁵⁹ Hof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1995, r.o. 4.4. en 4.5.

⁶⁰ Hof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1995, r.o. 4.7.

⁶¹ HR 13 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3112 (*De Leeuw/Wijnen*).

⁶² HR 8 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2812 (*Pelco/Sturkenboom*).

⁶³ Rb. Noord-Holland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7539.

⁶⁴ Hof Amsterdam 27 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3926 (*VV Young Boys*).

⁶⁵ Hof Amsterdam 27 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3926, r.o. 3.4. (*VV Young Boys*).

De Hoge Raad bepaalde in 2018 dat uit het persoonlijke karakter van het ernstige verwijt dat de bestuurder moet kunnen worden gemaakt, volgt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid, behoudens bij toepassing van art 2:11 BW, voor iedere bestuurder afzonderlijk moet worden vastgesteld dat hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit handelen (of nalaten) aan hem kan worden toegerekend.⁶⁶ Hieruit volgt dat collectieve aansprakelijkheid voor alle bestuurders niet kan worden aanvaard, maar dat het bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) gaat om een puur persoonlijke aansprakelijkheid. De hoge drempel voor de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders is gelegen in het door de Hoge Raad bepaalde standpunt dat een hoge drempel mede het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming dient en daarmee wordt voorkomen dat de bestuurders kun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen om het risico op aansprakelijkheid uit te sluiten.⁶⁷

⁶⁶ HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, r.o. 3.3.3.

⁶⁷ HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:BC4959, r.o. 5.3.

3. Vergelijking van externe aansprakelijkheid bestuurders en toezichthouders verenigingen/stichtingen met NV's/BV's

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik wat geldt ten aanzien van de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen en NV's/BV's vóór 1 juli 2021, omdat de mogelijkheden voor het aansprakelijk stellen van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) bij NV's/BV's uitgebreider waren, in het bijzonder in het geval van faillissement van de NV/BV (art. 2:138/248 BW). Omdat door de invoering van de WBTR⁶⁸ sinds 1 juli 2021 de aansprakelijkheidsbepalingen van art. 2:138 BW ook gelden voor informele verenigingen en niet Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen behandel ik in dit hoofdstuk specifiek de mogelijkheden van de curator om bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van een NV/BV aansprakelijk te stellen op grond van art. 2:138/248 BW.

Daarnaast hebben NV's/BV's de mogelijkheid om te kiezen voor een one-tier board bestaande uit uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders (art. 2:129a/239a BW). Nu door de invoering van de WBTR ook verenigingen/stichtingen straks (nadat ook deze bepalingen daadwerkelijk in werking zijn getreden) voor dit bestuursmodel kunnen gaan kiezen,⁶⁹ zie art. 2:44a en 2:291a BW (nieuw), en dit gevolgen heeft voor de samenstelling en externe aansprakelijkheid van het bestuur vind ik het belangrijk om in dit hoofdstuk hier dieper op in te gaan.

3.2. Externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van NV's/BV's

Wanneer we de externe aansprakelijkheden van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen vergelijken met die van bestuurders en toezichthouders van NV's/BV's vóór 1 juli 2021 dan zien we dat de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van NV's/BV's verder ging dan die voor verenigingen/stichtingen en wel op de volgende punten:

Raad van commissarissen

Een duidelijk verschil tussen NV's/BV's en verenigingen/stichtingen was tot voor kort dat bij NV's/BV's er een wettelijke mogelijkheid bestond voor het instellen van een RvC op grond van art. 2:140/250 BW. De RvC houdt toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming (art. 2:140/150 lid 1 BW). Het bestuursmodel met een bestuur en toezicht in de vorm van een RvC, dus in twee aparte organen, wordt ook wel het dualistische systeem of de two-tier board genoemd. Voor zogenoemde structuurvennootschappen is het instellen van een RvC zelfs verplicht.⁷⁰ De raad bestaat uit één of meer natuurlijke personen (art. 2:140/250 lid 1 BW). De commissarissen kunnen in bepaalde gevallen ook aansprakelijk zijn jegens derden. Hierop kom ik later in dit hoofdstuk nog terug.

Fiscale aansprakelijkheid

Op grond van art. 36 IW is iedere bestuurder van een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam⁷¹ dat volledig rechtsbevoegd⁷² is, voor zover dat lichaam aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen, hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingen genoemd in art. 36 IW. NV's/BV's zijn privaatrechtelijke rechtspersonen (art. 2:3 BW) en een

⁶⁸ Stb. 2020, 507.

⁶⁹ Vooralsnog is de invoering van de one-tier board uitgesteld, zie hierover paragraaf 1.1 en 1.3.

⁷⁰ Art. 2:152 BV e.v. voor NV en art. 2:262 BV e.v. voor BV.

⁷¹ In de zin van art. 2 AWR.

⁷² Een lichaam is volledig rechtsbevoegd als het lichaam zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is.

rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam op grond van art. 2 AWR en dus volledig rechtsbevoegd. Daarnaast zijn ze gericht op het behalen van winst, van vermogensrechtelijk voordeel, voor hun aandeelhouder.⁷³ NV's/BV's waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld, zijn in alle gevallen vennootschapsbelastingplichtig.⁷⁴ Bestuurders van NV's/BV's vallen zodoende onder de bepalingen van art. 36 IW, dat hiervoor in hoofdstuk 2 al is besproken. Dit in tegenstelling tot bestuurders van verenigingen/stichtingen die meestal niet Vpb-plichtig zijn.⁷⁵ NV's/BV's dienen zodoende altijd melding van betalingsonmacht bij de Belastingdienst te doen wanneer de aanslagen loon- en/of omzetbelasting⁷⁶ niet tijdig kunnen worden voldaan. Voor de bepalingen omtrent de meldingsplicht verwijs ik naar paragraaf 2.4.3.

Commissarissen zijn niet aansprakelijk op grond van art. 36 IW, tenzij deze hun bevoegdheden te buiten zijn gegaan en als feitelijk bestuurder kunnen worden aangemerkt (art. 36 lid 5 sub b IW).⁷⁷ Zie hierover hierna paragraaf 3.3.1.⁷⁸

Aansprakelijkheid in faillissement

De curator had tot 1 juli 2021 meer mogelijkheden om bestuurders en commissarissen (toezichthouders) van NV's/BV's in het geval van faillissement aansprakelijk te stellen dan bij verenigingen/stichtingen. Bij verenigingen/stichtingen golden deze bepalingen alleen voor *formele* verenigingen die tevens Vpb-plichtig zijn en voor Vpb-plichtige stichtingen.⁷⁹

Op grond van art. 2:138/149 BW (NV) en 2:248/259 BV (BV) kan de curator bestuurders/commissarissen van een NV/BV namens de gezamenlijke schuldeisers aansprakelijk stellen voor het boedeltekort indien het bestuur/de raad zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een dergelijke aansprakelijkstelling speelt geregeld een rol in faillissementen van NV's/BV's. Op deze aansprakelijkheid kom ik in de volgende paragraaf uitgebreid terug.

Balans aansprakelijkheid

Indien door de jaarrekening, door tussentijdse cijfers⁸⁰ of door het bestuursverslag een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vennootschap, zijn de bestuurders van een NV/BV tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade, die de derde als gevolg daarvan heeft geleden (art. 2:139/249 BW). Onder derden zijn te verstaan crediteuren, werknemers en aandeelhouders van de vennootschap.⁸¹

Voor een bestuurder van een NV/BV geldt dat indien hij bewijst dat de misleidende voorstelling niet aan hem kan worden verweten hij niet aansprakelijk is. Maar ook bestuurders die niets te verwijten vallen zullen zich in de regel niet snel kunnen disculperen omdat het financiële beleid tot de collectieve taak van het bestuur behoort.⁸² Als bewijs zou wel kunnen volstaan de bestuurder die onder opgave van redenen de jaarrekening niet heeft ondertekend (art. 2:101/210 lid 2 BW) of indien de bestuurder ontslag heeft genomen omdat hij geen verantwoordelijkheid voor het desbetreffende stuk kon aanvaarden.⁸³ Indien de misleidende voorstelling het gevolg is van een wijziging die de algemene vergadering bij de

⁷³ Asser/Van Offen & Rensen 2-IIa 2019/17.

⁷⁴ Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders 2021, par. 48.1.1.

⁷⁵ Zie bepalingen art. 2 lid 1 onderdeel d en e Wet op de vennootschapsbelasting.

⁷⁶ En de andere in art. 36 IW genoemde belastingen.

⁷⁷ Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders 2021, par. 48.4.6; Zie ook Heuts, O&F 2005, nr. 68, p. 41.

⁷⁸ Onder kopje 'onrechtmatige daad'.

⁷⁹ Zie hierover paragraaf 2.4.3.

⁸⁰ Tussentijdse cijfers die de NV bekend heeft gemaakt (art. 2:139 BW), en voor zover deze door de BV bekend zijn gemaakt (art. 2:249 BW).

⁸¹ Huizink in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:139 BW, aant. 6 (online, bijgewerkt 06-01-2020).

⁸² Strik, *Ondernemingsrecht* 2005/48, p. 151-152; Zie ook Lennarts in: *T&C BW* 2021, art. 2:139 BW, aant. 4 (online, bijgewerkt 01-07-2021).

⁸³ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/470; Huizink in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:139 BW, aant. 6.3 (online, bijgewerkt 06-01-2020); Huizink in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:249 BW, aant. 6.3 (online, bijgewerkt 06-01-2020).

vaststelling van de jaarrekening heeft aangebracht dan zou dit reden kunnen zijn dat alle bestuurders zich kunnen disculperen.⁸⁴

Voor commissarissen van een NV/BV geldt dat zij naast bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk zijn indien door de jaarrekening een misleidende voorstelling wordt gegeven over de toestand van de vennootschap en de derde als gevolg daarvan schade heeft geleden (art. 2:150/260 BW). Commissarissen zijn dus niet aansprakelijk voor het jaarverslag en de tussentijdse cijfers.⁸⁵

De aansprakelijkheid van art. 2:139/150 BW gold alleen voor bestuurders en eventuele commissarissen van *formele* verenigingen die tevens Vpb-plichtig zijn en voor Vpb-plichtige stichtingen op grond van art. 2:50a/300a BW (oud).

3.3. Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement (WBF)

3.3.1. Inhoud en werking regeling

Op 1 januari 1987 trad de WBF in werking.⁸⁶ Deze derde antimisbruikwet betrof vooral een wijziging van art. 2:138/248 BW en had tot doel misbruik van rechtspersonen tegen te gaan.⁸⁷ Zodoende is het sinds de invoering van de WBF voor de curator mogelijk om bestuurders van een NV/BV persoonlijk aansprakelijk te stellen als er sprake is van kennelijk onbehoorlijk taakvervulling door het bestuur en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap. In dat geval is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan (het zogenoemde tekort).⁸⁸ De curator zal moeten aantonen dat er sprake is van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en dat er een causaal verband bestaat tussen die kennelijke onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement van de vennootschap. De bewijslast ligt daarbij op grond van art. 150 Rv bij de curator.⁸⁹ Het is vervolgens aan de rechter om te toetsen of de door de curator aangedragen omstandigheden voldoende zijn om kennelijke onbehoorlijke taakvervulling in geval van betwisting te bewijzen. Dit kan alleen worden geconstateerd aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.⁹⁰

De curator wordt in zijn bewijsopdracht in sommige gevallen door de wet geholpen. Zo is namelijk in art. 2:138/248 lid 2 BW bepaald dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW (administratieplicht) of art. 2:394 BW (publicatieplicht) het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat daarnaast wordt vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Enkel een bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden is niet aansprakelijk, zo luidt art. 2:138/248 lid 3 BW. Op de reikwijdte van deze disculpatiemogelijkheid ga ik in paragraaf 3.3.2. nader in.

De omvang van de aansprakelijkheid hangt af van in hoeverre de schuld van de vereniging/stichting door vereffening van de overige baten van de vennootschap kan worden voldaan (art. 2:138/248 lid 1 BW). Het daarna resterende saldo van de schuld (het zogenaamde boedeltekort) bepaalt de hoogte van de aansprakelijkheid van de bestuurders. Daarbij heeft de rechter de mogelijkheid om de hoogte van de aansprakelijkheid van de bestuurder(s) te verminderen indien de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, de andere oorzaken van het faillissement en de afwikkeling daarvan daarvoor volgens hem

⁸⁴ Huizink in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:139 BW, aant. 6.3 (online, bijgewerkt 06-01-2020); Zie ook Lennarts, in: *T&C BW 2021*, art. 2:139 BW, aant. 4 (online, bijgewerkt 01-07-2021).

⁸⁵ Lennarts, in: *T&C BW 2021*, art. 2:150 BW, aant. 2 (online, bijgewerkt 01-07-2021).

⁸⁶ *Stb.* 1986, 275; Zie ook *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6. (MvT).

⁸⁷ Polak/Pannevis 2017, p. 182; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/454; Zie ook paragraaf 2.4.2. waarin ik de achtergrond van deze regeling uiteen heb gezet.

⁸⁸ Art. 2:138 lid 1 en 2:248 lid 1 BW.

⁸⁹ Polak/Pannevis 2017, p. 183; Zie ook Hoge Raad 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153, r.o. 4.9. (*Sanstro/Reiziger q.q.*).

⁹⁰ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457.

aanleiding geven (art. 2:138/248 lid 4 BW). Ook kan de rechter de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen gelet op de periode waarin de betreffende bestuurder in functie was (art. 2:138/248 lid 4 BW). De curator kan alleen een vordering op grond van onbehoorlijke taakvervulling tegen de bestuurder(s) instellen voor zover die onbehoorlijke taakvervulling in de periode van 3 jaar voorafgaand aan het faillissement heeft plaatsgevonden (art. 2:138/248 lid 6 BW).

Degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder (feitelijk beleidsbepaler) wordt door de wet gelijk gesteld met een bestuurder (art. 2:138/248 lid 7 BW). Daarnaast is het mogelijk dat één of meer bestuurders van de vennootschap (een) rechtsperso(o)n(en) is/zijn. Door een rechtspersoon in plaats van een natuurlijk persoon tot bestuurder te benoemen zou de natuurlijk persoon achter deze rechtspersoon aansprakelijkheid kunnen ontlopen.⁹¹ Door middel van art. 2:11 BW heeft de wetgever dit willen voorkomen. In dit artikel is bepaald dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon ook rust op een ieder die ten tijde van het ontstaan van die aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is.⁹² Er wordt dan als het ware door de rechtspersoon-bestuurder heen gekeken; naast de rechtspersoon zijn dan ook haar bestuurders (natuurlijke personen) aansprakelijk zo blijkt uit de wetsgeschiedenis.⁹³ De Hoge Raad heeft zich in zijn arresten van 28 april 2000⁹⁴ en 14 maart 2008⁹⁵ uitgelaten over de reikwijdte van art. 2:11 BW. Hieruit kan worden afgeleid dat de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:138/248 BW niet alleen doorgrijpt naar de bestuurders (natuurlijke personen) van de rechtspersonen-bestuurders, maar dat ook formele bestuurders van (mede)beleidsbepalende rechtspersonen (op grond van art. 2:138/248 lid 7 BW jo. art. 2:138/248 lid 1 BW) hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van art. 2:11 BW.⁹⁶

3.3.2. Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Op basis van diverse uitspraken van de Hoge Raad wordt er van kennelijk onbehoorlijk bestuur slechts gesproken als geen redelijk denkend bestuurder, onder dezelfde omstandigheden, hetzelfde zou hebben gehandeld.⁹⁷ Volgens de Hoge Raad (en eerder het Hof 's-Gravenhage) moet er sprake zijn geweest van roekeloos, lichtzitting, onbezonnen en onverantwoordelijk gedrag.⁹⁸ Het hof heeft bij deze formulering kennelijk aangeknoopt bij de uitspraak van de toenmalige minister van Justitie in de Tweede Kamer bij de behandeling van de tweede antimisbruikwet, zo stelde de Hoge Raad.⁹⁹ De Hoge Raad verwees ook naar hetgeen het hof vooropstelde, namelijk dat kennelijk onbehoorlijk bestuur impliceert dat aan bestuurders een ernstig verwijt gemaakt kan worden van onverantwoordelijk handelen met de wetenschap – objectief te bepalen – dat schuldeisers daarvan de dupe zouden worden.¹⁰⁰

Inherent aan ondernemen is dat er soms risico wordt gelopen dan wel risico moet worden genomen.¹⁰¹ Echter niet alle genomen risico's of foute beslissingen kunnen achteraf als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur worden aangemerkt. Er is geen

⁹¹ Huizink, *O&F* 2018 (26), afl. 2, p. 5; Zie ook Rb. Rotterdam 19 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6573; HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408.

⁹² Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/476.

⁹³ *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, nr. 3, p. 3 (MvT).

⁹⁴ HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5658.

⁹⁵ HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1231.

⁹⁶ HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5658, r.o. 4.14; HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1231; Zie ook Asser/Kroese 2-I 2021/212; Huizink in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:11, aant. 5.8-5.9 (online, bijgewerkt 23-08-2020); Van Nuland, *TvOB* 2017, p. 127.

⁹⁷ HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Drankenhandel Zoolingen*); HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo, Gilhuis/H.*); HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804.

⁹⁸ HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo, Gilhuis/H.*), r.o. 3.7; Hof 's-Gravenhage 8 juni 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AG3727.

⁹⁹ HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, r.o. 3.7; Hof 's-Gravenhage 8 juni 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AG3727, r.o. 3.1; *Handelingen II* 1984/85, 16631, p. 6337 (mk).

¹⁰⁰ HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, r.o. 3.7; Hof 's-Gravenhage 8 juni 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AG3727; Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457.

¹⁰¹ Brink-van der Meer, *TVI* 2009, afl. 26, par. 2.1.

sprake van kennelijk onbehoorlijk taakvervulling wanneer het gaat om door het bestuur genomen normale ondernemingsrisico's, onopzettelijke begane slordigheden/domheden of gemaakte beleidsfouten.¹⁰² Zo oordeelde het Hof Amsterdam dat bestuursbeleid dat, achteraf bezien, hooguit onverstandig en afkeuringswaardig was, niet kennelijk onbehoorlijk was.¹⁰³ Ook schending van de stortingsplicht¹⁰⁴ was volgens het Hof 's-Gravenhage onvoldoende voor het aannemen van kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹⁰⁵ Wanneer er sprake is van een tekort dat is veroorzaakt door een financieel probleem als gevolg van genomen aanvaardbare of onvermijdelijke ondernemingsrisico's, is er evenmin sprake van onbehoorlijk bestuur.¹⁰⁶ Uit deze voorbeelden blijkt naar mijn mening dat lang niet ieder genomen risico of handelen (of nalaten) door het bestuur leidt tot kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar dat het bestuur nog wel de vrijheid heeft om zelf afwegingen te maken, zonder dat dit altijd tot bestuurdersaansprakelijkheid leidt wanneer een beslissing niet goed uitpakt.

Volgens Van Solinge en Nieuwe Weme beoogt het begrip 'kennelijk' onbehoorlijk het bestuur ruimte voor deze beoordelingsmarge te geven, waarbij de onbehoorlijkheid van de taakvervulling 'onmiskkenbaar' moet zijn en de bestuurder in geval van twijfel het voordeel van de twijfel moet worden gegeven.¹⁰⁷ De term 'kennelijk' houdt volgens hen niet in dat er sprake moet zijn van grove schuld of grove nalatigheid door de bestuurder(s) of dat de bestuurder(s) de intentie (opzet) moeten hebben gehad crediteuren te benadelen, maar er moet wel sprake zijn van ernstige verwijtbaarheid.¹⁰⁸

In de wet is een disculpatiemogelijkheid opgenomen. De bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, is niet aansprakelijk (art. 2:138/248 lid 3 BW). Deze tweeledige stelplicht en bewijslast ligt bij de bestuurder.¹⁰⁹ Of de bestuurder in deze bewijsopdracht slaagt, hangt af van de omstandigheden van het geval.¹¹⁰

Bewijsvermoedens

De hoofdregel is dus dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake is als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben. Daarop zijn twee uitzonderingen opgenomen in de wet, namelijk de wettelijke bewijsvermoedens van kennelijk onbehoorlijk bestuur in art. 2:138/248 lid 2 BW. Hierin staat dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen op grond van art. 2:10 BW (administratieplicht) of art. 2:394 BW (publicatieplicht) vast staat dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld (eerste, onweerlegbaar bewijsvermoeden) en daarnaast wordt vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (tweede, weerlegbaar bewijsvermoeden). In dit tweede lid wordt nog wel vermeld dat een onbelangrijk verzuim hierbij niet in aanmerking wordt genomen. Volgens de Hoge Raad is hier sprake van indien het niet voldoen aan de verplichtingen als bedoeld in dat artikellid in de omstandigheden van het geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.¹¹¹ Hiervan is volgens de HR met name sprake indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat.¹¹²

¹⁰² Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457; HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, r.o. 3.7; Hof Den Haag 8 juni 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AG3727.

¹⁰³ Hof Amsterdam 9 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ78882.

¹⁰⁴ Waarbij in casu bij de oprichting de aandelen in de BV waren volgestort door inbreng van activa en passiva (waaronder goodwill), maar waarbij een beschrijving van de inbreng van de goodwill en een accountantsverklaring ontbrak.

¹⁰⁵ Hof 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY9623; Zie ook Van der Klooster e.a., *RN* 2006/108.

¹⁰⁶ Brink-van der Meer, *TVI* 2009, afl. 26, par. 2.1.

¹⁰⁷ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457.

¹⁰⁸ Vlg. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457.

¹⁰⁹ Huizink in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:138 BW, aant. 14.5 (online, bijgewerkt 19-11-2019).

¹¹⁰ Huizink in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:138 BW, aant. 14.1 (online, bijgewerkt 19-11-2019).

¹¹¹ HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, r.o. 3.6.2; Zie ook Polak/Pannevis 2017, p. 185.

¹¹² HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, r.o. 3.6.2.

Het bestuur is op grond van art. 2:10 BW verplicht om een zodanige administratie te voeren omtrent de vermogenstoestand van de rechtspersoon dat daaruit op elk moment de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend en deze administratie te bewaren (administratieplicht). Op grond van art. 2:394 lid 3 BW dient de jaarrekening binnen de maximale termijn van 12 maanden na afloop van het boekjaar te worden gepubliceerd.¹¹³ Maar ook schending van de andere verplichtingen zoals genoemd in art. 2:394 BW¹¹⁴ kan het bewijsvermoeden opleveren.¹¹⁵ Wanneer niet is voldaan aan de verplichtingen uit art. 2:10/394 BW staat het vermoeden van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling vast. De aangesproken bestuurders kunnen hiertegen geen tegenbewijs meer leveren, in die zin dat hun ondanks het schenden van de hun administratie- of publicatieplicht geen kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten.¹¹⁶ Wel kunnen zij nog proberen aan te tonen dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur geen belangrijke oorzaak van het faillissement van de onderneming is geweest (het weerlegbare vermoeden). Kan de disculpatiemogelijkheid van art. 2:138/248 lid 3 BW in dit geval een individuele bestuurder nog vrijpleiten, indien deze bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden? Over of disculpatie door de individuele bestuurder in dit geval nog mogelijk is wordt verschillend gedacht. Zowel Solinge & Nieuwe Weme, Huizink als Strik zien daar wel mogelijkheden toe.¹¹⁷ Ik ben het eens met het standpunt van Strik dat niet uit de tekst van art. 2:138 lid 3 BW blijkt dat die disculpatiemogelijkheid enkel geldt ingeval het bestuur heeft voldaan aan de administratie- en publicatieplicht van art. 2:10/394 BW.¹¹⁸ En dat indien dat wel het geval was geweest dit expliciet in de bepaling zou zijn opgenomen dan wel dat lid 2 en 3 in volgorde hadden moeten worden omgedraaid.¹¹⁹ Zodoende acht ik de kans op een succesvolle disculpatie van een individuele bestuurder weliswaar klein maar zeker niet onmogelijk afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

3.3.3. Kennelijk onbehoorlijk toezicht

De bepalingen van art. 2:138 BW in art. 2:149/259 zijn van overeenkomstige toepassing verklaard ten aanzien van de taakvervulling van commissarissen. De RvC heeft als taak om toezicht te houden conform art. 2:140/250 lid 2 BW). Nu dit een geheel andere taak is dan die van het bestuur zal de curator in het geval van het aansprakelijk stellen van een commissaris geen kennelijk onbehoorlijk bestuur maar kennelijk onbehoorlijk toezicht aannemelijk moeten maken.¹²⁰ Het bestuur moet weliswaar de RvC tijdig de benodigde informatie verschaffen voor de uitoefening van diens taak (art. 2:141/251 BW), maar ook de commissarissen zelf moeten erop toezien dat zij regelmatig door het bestuur worden geïnformeerd en goed onderbouwde informatie ontvangen.¹²¹ De commissarissen dienen namelijk te waken voor de kwaliteit van het bestuur en worden geacht in te grijpen indien het bestuur of sommige bestuurders hun taak kennelijke onbehoorlijk vervullen.¹²²

Van kennelijke onbehoorlijk toezicht is sprake wanneer geen redelijk denkend commissaris onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld, waarbij

¹¹³ Oost in: *GS Faillissementswet* II.2.2.8.1, Schending art. 2:394 BW (online, bijgewerkt 27-04-2020); Zie ook Polak/Pannevis 2017, p. 187; HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994.

¹¹⁴ Waaronder het openbaar maken van het bestuursverslag en het toevoegen van de aanvullende gegevens bij het jaarverslag conform art. 2:392 BW.

¹¹⁵ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/459.

¹¹⁶ HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329.

¹¹⁷ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/459-460; J.M.M. Maeijer, annotatie bij, HR 20 mei 1988, ECLI:PHR:1988:AD0329; Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:138 BW, aant. 14.6 (online, bijgewerkt 19-11-2019); Strik 2010, par. 4.4.2.

¹¹⁸ Strik 2010, par. 4.4.2.

¹¹⁹ Strik 2010, par. 4.4.2.

¹²⁰ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/453; Zie ook Verboom 2017, par. 11.1.5.2b; HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Drankenhandel van Zoolingen*); HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053.

¹²¹ Asser/Maeijer/Van Solingen & Nieuwe Weme 2-II* 2009/514.

¹²² Asser/Maeijer/Van Solingen & Nieuwe Weme 2-II* 2009/514.

aansluiting wordt gezocht bij het Panmo-arrest.¹²³ Dit zien we onder andere terug in het vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch waarin deze het volgende overweegt ten aanzien van kennelijk onbehoorlijk toezicht: "Met het woord "kennelijk" wordt daarbij tot uitdrukking gebracht dat aan commissarissen een ruime marge wordt gegund en dat slechts een in het oog springende onbehoorlijke taakvervulling in aanmerking moet worden genomen. De door de curator verweten gedragingen dienen in dit verband niet uitsluitend op zichzelf te worden beschouwd; alle ter zake dienende omstandigheden van het geval dienen in onderling verband en samenhang in de beoordeling te worden betrokken. De vraag of er sprake is van kennelijk onbehoorlijk toezicht moet daarbij worden beantwoord naar hetgeen de commissarissen voorzagen of konden voorzien op het moment dat zij hun taak vervulden. Wat daarbij als een behoorlijk commissaris moet worden beschouwd, hangt mede af van de bekwaamheid die gezien aard en doel van de betreffende onderneming van de commissarissen mag worden verwacht".¹²⁴ De rechtbank verwees hierin ook naar het in 2007 gewezen Ceteco-vonnis.¹²⁵

Ook voor commissarissen bestaat de disculpatiemogelijkheid van art. 2:138/248 lid 3 BW (art. 2:149/259 BW). Hiervoor gelden dezelfde uitgangspunten als voor bestuurders, echter daarbij moet wel rekening ermee worden gehouden dat de commissarissen slechts beperkte mogelijkheden hebben om maatregelen te treffen om de gevolgen van onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.¹²⁶ Zodoende zullen commissarissen zich mijn inziens terecht sneller kunnen disculperen dan bestuurders.

Bewijsvermoedens

De administratie- en publicatieplicht (art. 2:10/394 BW) rust niet op commissarissen, ook niet wanneer het bestuur in deze verplichtingen tekort schiet. Op commissarissen rust echter wel de plicht om toezicht te houden op het bestuur en dus toezicht erop te houden dat het bestuur zijn verplichtingen nakomt, waaronder de administratie- en publicatieplicht.¹²⁷ Commissarissen zullen zich zodoende daarover door het bestuur moeten laten inlichten en het bestuur met betrekking tot de nakoming van deze verplichtingen moeten adviseren en zo nodig moeten ingrijpen door bijvoorbeeld bestuurders te ontslaan wanneer zijn hun taken niet naar behoren uitoefenen.¹²⁸

De regeling van art. 2:138/248 BW is weliswaar op grond van art. 2:149/259 BW van overeenkomstige toepassing op commissarissen, maar het bewijsvermoeden van art. 2:138/248 lid 2 BW geldt niet voor commissarissen, de administratie- en publicatieplicht is immers de taak van het bestuur. De curator zal dus moeten stellen en bewijzen dat de commissaris zijn toezichthoudende taak onbehoorlijk heeft vervuld.¹²⁹ Echter indien het bestuur niet heeft voldaan aan de administratie- of publicatieplicht, dan mag van de commissaris worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van en betwisting van de stellingen van de curator, teneinde deze aanknopingspunten te geven voor eventuele bewijslevering (verzwaarde stelplicht).¹³⁰ Indien het bestuur de administratie- of publicatieplicht heeft geschonden en de RvC heeft op dat punt onvoldoende toezicht gehouden dan hebben de commissarissen hun taak kennelijk onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.¹³¹

¹²³ HR 8 juni 2001, ECLI:HR:2001:AB2053 (*Panmo, Gilhuis/H.*).

¹²⁴ Rb. 's-Hertogenbosch 9 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU4403, r.o. 4.3.1.

¹²⁵ Rb. 's-Hertogenbosch 9 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU4403, r.o. 4.3.1; Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, r.o. 5.103 (*Ceteco*).

¹²⁶ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/514.

¹²⁷ Verboom 2017, par. 11.1.5.2b.

¹²⁸ HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2114, r.o. 3.5. m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bodam Jachtservice*).

¹²⁹ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/514.

¹³⁰ HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2114, r.o. 3.5. m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bodam Jachtservice*); Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/514; Croiset van Uchelen, *TOP* 2014, nr. 3, p. 32.

¹³¹ J.M.M. Maeijer, annotatie bij HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2114 (*Bodam Jachtservice*).

3.3.4. Oorzaak van het faillissement

Naast het bewijzen van de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling moet de curator ook nog aannemelijk maken dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het hoeft niet de belangrijkste oorzaak te zijn geweest, voldoende is dat het een belangrijke oorzaak is geweest. 'Belangrijk' houdt volgens Van Solinge en Nieuwe Weme in dat het meer is dan een 'gedeeltelijke' medeoorzaak, maar kan volgens hen niet op één lijn worden gesteld met 'in overwegende mate'.¹³²

Echter wanneer de curator zich kan beroepen op het bewijsvermoeden van art. 2:138/248 lid 2 BW dan staat daarmee vast dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Zodoende hoeft de curator dan geen bewijs meer te leveren om aannemelijk te maken dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In dat geval kunnen de bestuurders alleen nog tegenbewijs leveren waaruit blijkt dat het faillissement het gevolg is van een andere oorzaak dan dat kennelijk onbehoorlijk bestuur, zoals een onvoorziene economische tegenslag of het wegvallen van een buitenlandse markt door oorlogsomstandigheden.¹³³ Het verweer van de bestuurder is in dat geval dat het faillissement is veroorzaakt door een van buiten komende oorzaak. Dit speelde ook in de zaak Blue Tomato, waarin de bestuurder aanvoerde dat het faillissement niet was veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar door het feit dat er brand was gesticht en de brandschade niet werd gedekt voor de verzekering, omdat er sprake zou zijn geweest van brandstichting.¹³⁴ De Hoge Raad oordeelde dat het de bestuurder kon worden verweten dat hij er niet voor had gezorgd dat er sprake was van een adequate verzekering die in een geval als dit tot uitkering zou leiden. Nu dit nalaten aan de bestuurder kon worden toegerekend zag de Hoge Raad het feit dat de verzekeraar niet tot uitkering van de brandschade overging niet als een van buiten komende oorzaak van het faillissement en verwierp het verweer van de bestuurder.¹³⁵ Bij een beroep op een van buiten komende oorzaak zal de bestuurder/commissaris het verwijt van de curator moeten pareren dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen. Hij moet feiten en omstandigheden stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.¹³⁶ Als de bestuurder/commissaris hierin slaagt, dan ligt het op de weg van de curator om op voet van het art. 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat niettemin de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Indien de curator zich niet kan beroepen op art 2:138 lid 2 BW, dient hij naast het bewijzen van de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling ook aannemelijk te maken dat die kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bewijslast hiervan ligt dan bij de curator. De bestuurder zich in dat geval disculperen op grond van art. 2:138 lid 3 BW ten aanzien van de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling en mag daarnaast tegenbewijs leveren waaruit blijkt dat het faillissement het gevolg is van een andere oorzaak dan het kennelijk onbehoorlijk toezicht.

Ten aanzien van commissarissen zijn de bewijsvermoedens van art. 2:138 lid 2 BW niet van toepassing.¹³⁷ Zodoende zal de curator zowel moeten bewijzen dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk toezicht als dat dit kennelijk onbehoorlijk toezicht een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De commissaris kan zich op grond van art. 2:138 lid 3 BW disculperen ten aanzien van het kennelijk onbehoorlijk toezicht en mag hij daarnaast

¹³² Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/458.

¹³³ *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6. p. 38-41 (MvA); Zie ook Schutte-Veenstra 2017, par. 8.4.3; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/459.

¹³⁴ HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, r.o. 4.8, m.nt. J.M.M. Maeijer.

¹³⁵ HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, r.o. 4.10, m.nt. J.M.M. Maeijer.

¹³⁶ HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, r.o. 3.4, m.nt. J.M.M. Maeijer.

¹³⁷ Immers de bewijsvermoedens van art. 2:138 lid 2 BW gelden niet voor commissarissen. Zie hierover paragraaf 3.3.3.

tegenbewijs leveren waaruit blijkt dat het faillissement het gevolg is van een andere oorzaak dan het kennelijk onbehoorlijk toezicht.

3.4. Uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders in one-tier board

Sinds de invoering van de 'Wet bestuur en toezicht' in 2013¹³⁸ is het voor NV's/BV's mogelijk om bestuur en toezicht in één bestuursorgaan vorm te geven (one tier board).¹³⁹ In de statuten worden de bestuurstaken dan verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders (art. 2:129a/239a BW), waarbij de niet uitvoerende bestuurders, net als commissarissen,¹⁴⁰ natuurlijke personen moeten zijn (art. 2:129a/239a lid 1 BW).

Collegiaal bestuur en taakverdeling

Zowel in een two-tier board als in een one-tier board geldt het beginsel van collegiaal bestuur en oefenen de bestuurders gezamenlijk de bestuurszaak uit (collegiale taakvervulling).¹⁴¹ Dit collegialiteitsbeginsel houdt in dat het bestuur als college van gezamenlijke bestuurders verantwoordelijk is voor de vervulling van de bestuurszaak, en dat van de bestuurszaak geen bestuurder kan worden uitgesloten en bestuurders te allen tijde de gelegenheid moeten krijgen om deel te nemen aan beraadslaging binnen het bestuur.¹⁴² Het collegialiteitsbeginsel staat er niet aan in de weg dat het bestuur bepaalde bestuurstaken en bevoegdheden kan opdragen aan individuele bestuurders. Bij een two-tier board is dit mogelijk op grond van art. 2:9 lid 1 BW en bij een one-tier board op grond van 2:129a/239a lid 1 BW.¹⁴³

De besluitvorming bij een one-tier board geschiedt in beginsel door het bestuur als geheel, maar er kan in de statuten worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders (art. 2:129a/239a lid 1 BW). Bestuurders die zich in het bijzonder bezig houden met de dagelijkse leiding van de vennootschap worden in een one-tier board aangeduid als 'uitvoerende bestuurders'.¹⁴⁴ Bestuurders aan wie geen specifieke uitvoerende taken zijn opgedragen hebben als hoofdtak het algemeen besturen van de vennootschap en worden aangeduid als 'niet uitvoerende bestuurders'.¹⁴⁵

Aan deze taakverdeling heeft de wet wel enkele grenzen gesteld. Zo kan de taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders niet aan niet uitvoerende bestuurders worden ontnomen. Daarnaast kan het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van bestuurders en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders enkel aan niet uitvoerende bestuurders worden toebedeeld (art. 2:129a/239a lid 1 BW). Daarnaast bepaalt art. 2:9 lid 2 BW dat de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken rust op elke bestuurder en deze verantwoordelijkheid niet door een taakverdeling aan een bestuurder kan worden ontnomen.¹⁴⁶ In het art. 2:129a/239a lid 2 BW is nog specifiek bepaald dat de uitvoerende bestuurder niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders alsmede over de verlening van de opdracht tot onderzoek van de jaarrekening aan een externe accountant als bedoeld in art. 27 Wta¹⁴⁷ indien de algemene vergadering niet tot opdrachtverlening is overgegaan.

Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat één of meer bestuurders rechtsgeldig kan/kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn/hun taak behoren (art. 2:129a/2:239a lid 3 BW). Zodoende kunnen uitvoerende bestuurders indien de statuten dit

¹³⁸ Stb. 2011, 275.

¹³⁹ Dit wordt ook wel het monistisch bestuursmodel genoemd.

¹⁴⁰ Art. 2:140 en 2:250 lid 1 BW.

¹⁴¹ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/445.

¹⁴² Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/445.

¹⁴³ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/445.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 14 (MvT).

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 14 (MvT).

¹⁴⁶ Lennarts, in: *T&C BW* 2021, commentaar op art. 2:129a BW, aant. 3 (online, bijgewerkt 01-07-2021).

¹⁴⁷ Wet toezicht accountantsorganisaties.

expliciet toelaten zonder niet uitvoerende bestuurders besluiten nemen over zaken die uitvoerend van aard zijn en tot hun taak behoren.¹⁴⁸ Een besluit van één of meer bestuurders op grond van deze artikelen wordt toegerekend aan het bestuur en geldt daarmee als besluit van het gehele bestuur, waarvoor alle bestuurders gezamenlijk verantwoordelijk zijn.¹⁴⁹ Taken die niet specifiek aan individuele bestuurders zijn toebedeeld, vallen toe aan het bestuur als geheel.¹⁵⁰ Het opnemen van een taakverdeling op grond van 2:129a/239a BW in de statuten verandert niets aan de gezamenlijke verantwoordelijkheid van het bestuur. Iedere bestuurder blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het bestuur en voor de besluiten die het bestuur neemt.¹⁵¹

Positie van de niet uitvoerende bestuurder

De niet uitvoerende bestuurder heeft zowel overeenkomsten met de uitvoerende bestuurder maar ook met een commissaris. Zo nemen zowel niet uitvoerende als uitvoerende bestuurders deel aan de besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen (uitgaande van de situatie waarbij geen taakverdeling in de statuten is opgenomen) en gaat de taak van de niet uitvoerende bestuurder dus verder dan enkel en alleen toezichthouden, waardoor deze ook eerder in de gelegenheid zal zijn om bij te sturen of indien nodig in te grijpen.¹⁵² Ook geldt voor de niet uitvoerende bestuurders evenals voor de uitvoerende bestuurders het bewijsvermoeden van art. 2:138/248 lid 2 BW. Daarnaast zijn zowel uitvoerende als niet uitvoerende bestuurders hoofdelijk aansprakelijk jegens derden indien deze door een misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap in de jaarrekening, tussentijds bekendgemaakte cijfers en het jaarverslag schade lijdt (art. 2:139/249 BW).¹⁵³ Zowel uitvoerende als niet uitvoerende bestuurders kunnen op grond van art. 36 IW aansprakelijk worden gesteld en zij hebben dezelfde disculpatiemogelijkheden.¹⁵⁴

Niet uitvoerende bestuurders hebben ook overeenkomsten met commissarissen. Zo houden zowel niet uitvoerende bestuurders als commissarissen zich niet bezig met de dagelijkse leiding van de onderneming. Ze zijn weliswaar betrokken bij de besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen maar zijn bijvoorbeeld niet degenen die dagelijks op de werkvloer aanwezig zijn en onder meer het personeel aansturen. Daarnaast kunnen zowel uitvoerende als niet uitvoerende bestuurders zich op grond van taakverdeling proberen te disculperen als ze door de curator aansprakelijk worden gesteld op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur, indien zij bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hen te wijten is en dat zij niet nalatig zijn geweest met het treffen van maatregelen om de gevolgen af te wenden (art. 2:138/248 lid 3 BW).¹⁵⁵

De niet uitvoerende bestuurder lijkt zodoende een soort tussenvorm ofwel hybride figuur te zijn die mijns inziens dichter tegen de uitvoerende bestuurder dan tegen een commissaris aan zit. Hierdoor is de niet uitvoerende bestuurder veelal net zoals de uitvoerende bestuurder aansprakelijk tegenover derden. Dit vind ik ook terecht omdat de niet uitvoerende bestuurder actief betrokken is bij het algemene beleid van de rechtspersoon, deelneemt aan besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen en zodoende veelal goed geïnformeerd is over het reilen en zeilen van de onderneming. De niet uitvoerende bestuurder kan mijns inziens hierdoor meer invloed op de besluitvorming uitoefenen dan een commissaris en sneller onderkennen wanneer er mogelijk sprake is van onbehoorlijk bestuur en zo nodig tijdig ingrijpen. Zodoende vind ik het logisch dat niet uitvoerende bestuurders net als uitvoerende bestuurders aansprakelijk zijn voor kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat ook het bewijsvermoeden op de niet uitvoerende bestuurder van

¹⁴⁸ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/446.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 17 (MvT); Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/203; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/446.

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 14 (MvT).

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 17 (MvT); Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/448.

¹⁵² Kreileman 2017, par. 10.3; Dumoulin, *Ondernemingsrecht* 2005/91.

¹⁵³ Zie ook Croiset van Uchelen, *TOP* 2014 nr. 3, p. 32.

¹⁵⁴ Zie over art. 36 IW paragraaf 2.4.3. en 3.2.

¹⁵⁵ Croiset van Uchelen, *TOP* 2014 nr. 3, p. 33; Zie hierover ook paragraaf 3.3.2. en 3.3.3.

toepassing is. Dat de niet uitvoerende bestuurder zich sneller kan disculperen op grond van taakverdeling vind ik eveneens terecht nu hij niet belast is met de dagelijkse leiding over de rechtspersoon en dus meer op afstand bestuurt dan uitvoerende bestuurders. Wanneer daarnaast de onbehoorlijke taakvervulling ziet op een taak die expliciet in de statuten is toebedeeld aan een medebestuurder en de niet uitvoerende bestuurder daarbij in het geheel niet betrokken is geweest dan zou het beroep op disculpatie mijns inziens moeten slagen. Dit is ook de mening van het gros van de auteurs.¹⁵⁶ Bij een beroep op disculpatie door de niet uitvoerend bestuurder op grond van taakverdeling moet de aangelegenheid waarop de vastgestelde kennelijke onbehoorlijke taakvervulling is gebaseerd buiten het takenpakket van de niet uitvoerende bestuurder vallen en in het takenpakket van een medebestuurder vallen.¹⁵⁷

Doordat zowel de uitvoerende als niet uitvoerende bestuurders deel uitmaken van het bestuur kan de curator bij dit bestuursmodel in principe alle bestuurders aansprakelijk stellen op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:138/248 BW). Daarnaast zijn ook zowel de uitvoerende als de niet uitvoerende bestuurders aansprakelijk op grond van art. 36 IW.¹⁵⁸

¹⁵⁶ O.a. Kreileman, 2017, par. 10.4.1; Asser/Maeijer van Solinge & Nieuwe Weme 2 II* 2009/460; Assink/Slager 2013, (Deel 1), par. 53.2; Strik 2010, par. 5.6.5; Wezeman 2009, p. 99; Anders: Dortmund, *Van der Heijden Handboek NV/BV* 2013/399.1.

¹⁵⁷ Kreileman, 2017, par 10.4.1.

¹⁵⁸ Zie over fiscale aansprakelijkheid van bestuurders paragraaf 2.2.

4. Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR)

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik de aanleiding en het doel van de WBTR¹⁵⁹ en het verloop van de totstandkoming van de wet (parlementaire geschiedenis). Ik vind dit van belang, omdat de totstandkoming van deze wet een langdurig proces is geweest waarbij het wetsvoorstel vanwege veelvuldige kritiek meermaals is gewijzigd.

4.2. Aanleiding en doel WBTR

In 2016 is het wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen voorgelegd aan de Tweede Kamer.¹⁶⁰

De aanleiding voor het wetsvoorstel was een aantal incidenten c.q. misstanden op het gebied van bestuur en toezicht in de sociale huursector, de gezondheidszorg en het onderwijs. In 2013 werden deze incidenten c.q. misstanden reeds door de Commissie Behoorlijk Bestuur¹⁶¹ onderzocht.¹⁶² De Commissie concludeerde in haar eindrapport 'Een lastig gesprek' dat er meer aan de hand is dan problemen met individueel bestuurlijk gedrag.¹⁶³ Volgens de Commissie is er ook sprake van weeffouten in de (politiek-) bestuurlijke ordening, in de sturingsmechanismen en de verantwoordelijkheidsverdeling, waardoor het gevaar op immoreel en bestuurlijk onbehoorlijk gedrag toeneemt en de kwetsbaarheid voor incidenten groter wordt.¹⁶⁴ De Commissie heeft in haar adviesrapport daarom onder meer aangedrongen op een nauwkeurigere omschrijving van de taak en de aansprakelijkheden van bestuurders en toezichthouders van instellingen in semipublieke sectoren, en op de invoering van een andere tegenstrijdigbelangregeling voor deze instellingen.¹⁶⁵ Indiening van dit wetsvoorstel is bedoeld om invulling te geven aan de aanbevelingen van de Commissie.¹⁶⁶ Daarnaast is volgens de minister¹⁶⁷ in het rechtspersonenrecht het bestuur en toezicht op een aantal punten niet afdoende wettelijk geregeld, het gaat hierbij om de regelingen voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting.¹⁶⁸

Het doel van de wet is het verbeteren van de kwaliteit van het bestuur en toezicht in de (semi)publieke sector, met name bij verenigingen/stichtingen door het aanvullen, verduidelijken en uniformeren van de regeling voor bestuur en toezicht bij de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting.¹⁶⁹ De minister wilde hiermee aansluiting zoeken bij de regels die op deze vlakken al golden voor bestuurders en commissarissen van NV's/BV's.

Het wetsvoorstel was niet bedoeld om wijzigingen te brengen in bestaande bestuurs- en toezichtstructuren, maar vooral een verduidelijking van het reeds geldende juridische kader.¹⁷⁰ Hiermee zouden onnodige verschillen worden weggenomen tussen de rechtsvormen en zou de rechtszekerheid worden bevorderd.¹⁷¹

¹⁵⁹ *Stb.* 2020, 507

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2.

¹⁶¹ De Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sectoren.

¹⁶² *Rapport Commissie Behoorlijk Bestuur* 2013, p. 3; *Kamerstukken II* 2012/13, 28479, nr. 68 (bijlage); *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 8 (NVII).

¹⁶³ *Rapport Commissie Behoorlijk Bestuur* 2013, p. 3.

¹⁶⁴ *Rapport Commissie Behoorlijk Bestuur* 2013, p. 3.

¹⁶⁵ *Rapport Commissie Behoorlijk Bestuur* 2013, p. 24, aanbeveling 4.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 3 (MvT).

¹⁶⁷ Toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie G.A. van der Steur.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 2 (MvT).

¹⁶⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 1-3 (MvT).

¹⁷⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 1 (MvT).

¹⁷¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 2-3 (MvT).

4.3. Parlementaire geschiedenis

Het voorontwerp en de internetconsultatie

Voorafgaand aan het wetsvoorstel is eerst op 6 februari 2014 een voorontwerp ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer waarna er een internetconsultatie heeft plaatsgevonden. Uit de consultatie bleek een brede steun voor het streven naar verbetering van de kwaliteit van het bestuur en toezicht bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen.¹⁷² Op basis van de daarbij gegeven reacties en suggesties heeft de minister het wetsvoorstel aangevuld en dus in 2016 ingediend.

Het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel is op 8 juni 2016 ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁷³ In dit wetsvoorstel waren door de minister algemene regels voor alle rechtspersonen opgenomen. Zijn voorstel was om de volgende punten, welke destijds al golden voor bestuurders en commissarissen van NV's/BV's te verplaatsen naar het algemene deel van Boek 2 BW:

- Wettelijke grondslag voor het instellen van een RvC bij vereniging/stichting.¹⁷⁴
- Wettelijke grondslag voor one-tier board bij vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting.¹⁷⁵
- Uniformering van norm voor taakvervulling bestuurders en commissarissen.¹⁷⁶
- Uniformering van tegenstrijdig-belangregeling.¹⁷⁷
- Uniformering van regels voor aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in het geval van faillissement.¹⁷⁸
- Modernisering van criteria voor ontslag bestuurders en commissarissen van stichting.¹⁷⁹

De grootste voorgestelde verandering daarbij was aanpassing van art. 2:9 BW naar een algemene basisbepaling over de taken en bevoegdheden van het bestuur en daarnaast om verdere algemene regels¹⁸⁰ voor het bestuur op te nemen in aanvullende bepalingen in art. 2:9a/b/c BW nieuw.¹⁸¹

Het wetsvoorstel leidde tot veel kritiek, zowel binnen de politiek als onder auteurs en juristen.¹⁸² Zo was er onder meer kritiek op het teveel uniformeren van de regelgeving en het maken van onderscheid tussen bezoldigde en onbezoldigde bestuurders en toezichthouders. Daarnaast werd gevreesd dat de aanscherping van de aansprakelijkheidsregels een negatief effect zou hebben op het aanbod van talent in een niet-commerciële omgeving zoals bij een vereniging/stichting.¹⁸³ En zelfs dat het maken van onderscheid tussen bezoldigde en onbezoldigde bestuurders en toezichthouders mogelijk tot een statuswisseling¹⁸⁴ zou uitnodigen.¹⁸⁵

De Raad van State bracht naar aanleiding van het wetsvoorstel zijn advies uit op 1 april 2016. De afdeling was er niet van overtuigd dat de normen voor bestuur en toezicht van

¹⁷² *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 9 (MvT).

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3 (MvT).

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

¹⁷⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 4 (MvT).

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 4-5 (MvT).

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 5-6 (MvT).

¹⁷⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 6-7 (MvT).

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 7-8 (MvT).

¹⁸⁰ Waaronder instelling monistisch systeem, hoofdregels bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheidsregels van bestuurders bij faillissement van de rechtspersoon.

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 10-24 (MvT).

¹⁸² Zie o.a. Dortmund, *Ondernemingsrecht* 2020/161, p. 1.

¹⁸³ Zie o.a. Overes, *Ondernemingsrecht* 2015/103; Bartman e.a., *MvO* 2016, afl. 10/11, p. 229-231; Harmsen, *Ondernemingsrecht* 2017/104; *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 1 (NVII).

¹⁸⁴ Van bezoldigd bestuurder of toezichthouder naar onbezoldigd bestuurder of toezichthouder met een hoge onkostenvergoeding.

¹⁸⁵ Bartman e.a., *MvO* 2016, p. 230.

kapitaalvennootschappen (ondernemingen) een dermate algemeen karakter hebben dat zij zich lenen voor een rechtsvorm-neutrale toepassing en adviseerde zodoende om de noodzaak en opportuniteit van de voorgestelde algemene regeling dragend te motiveren en zo dit niet mogelijk was daarvan af te zien en zo nodig in plaats daarvan regels per soort rechtspersoon vast te stellen.¹⁸⁶ Ook uit het verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie van 9 september 2016 bleek dat er nog veel vragen over de inhoud van het wetsvoorstel leefden bij diverse Kamerleden.¹⁸⁷

Herziene wetsvoorstel

Op 9 november 2018 diende de minister¹⁸⁸ een nota van toelichting in waarin hij terugkwam op de voorgestelde algemene regeling naar aanleiding van de vragen en opmerkingen uit de Kamer, de Raad van State en de standpunten in de literatuur.¹⁸⁹ De minister heeft er vervolgens voor gekozen om de bestaande systematiek van Boek 2 BW te handhaven en bepalingen die gelden voor een bepaalde rechtspersoon uit te schrijven in de titel die de betreffende rechtspersoon reguleert, alsmede om gebruik te maken van schakelbepalingen en wijzigde zodoende zijn eerdere wetsvoorstel.¹⁹⁰

Ook kwam de minister terug op het voorstel om voor de toepassing van het bewijsvermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur onderscheid te maken tussen bezoldigde en onbezoldigde bestuurders, waarbij het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BV wel zou gaan gelden voor bezoldigde bestuurders maar niet voor onbezoldigde bestuurders.¹⁹¹ De minister had voor dit onderscheid gekozen om te voorkomen dat vrijwilligers ten onrechte ervan zouden worden weerhouden om zich in te zetten als bestuurder of commissaris van bijvoorbeeld een buurtvereniging of kleine sportvereniging.¹⁹² Echter na de bezwaren die vanuit de Kamer waren ingebracht, met name dat een verhoogd aansprakelijkheidsrisico voor bezoldigde bestuurders een negatieve prikkel zou kunnen zijn voor bestuurders en commissarissen om hun talenten in te zetten in een niet-commerciële omgeving, hebben de minister tot heroverweging van het wetsvoorstel op dit punt gebracht.¹⁹³ Maar ook het feit dat het nog onduidelijk was hoe een curator met dit bewijsvermoeden zou moeten omgaan in het geval het bestuur uit zowel bezoldigde als onbezoldigde bestuurders bestaat was reden voor heroverweging.¹⁹⁴ De minister zag uiteindelijk onvoldoende aanleiding voor de toepassing van het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW voor bestuurders en commissarissen van informele en niet-commerciële verenigingen/stichtingen en heeft het wetsvoorstel daarom op dit punt aangepast.¹⁹⁵

Het herziene wetsvoorstel leidde nog wel tot diverse vragen en opmerkingen bij de vaste commissie Veiligheid en Justitie.¹⁹⁶ Echter de minister zag geen aanleiding om het wetsvoorstel, op een enkele kleine aanpassing na, inhoudelijk opnieuw aan te passen.¹⁹⁷ Wel werden er daarna nog drie amendementen¹⁹⁸ en een motie¹⁹⁹ ingediend, aangaande een evaluatiebepaling, meervoudig stemrecht en een verplichte belet- en ontstentenisregeling, alsmede het verzoek om bij invoering van de WBTR actief de gevolgen van de wet te communiceren. Na stemming werden de amendementen en de motie tezamen

¹⁸⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 4, p. 2 en 4.

¹⁸⁷ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 5.

¹⁸⁸ Minister van Rechtsbescherming S. Dekker.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 2 (NV II); Van Uchelen-Schipper 2018, p. 507 en p. 513-514; Schoonbrood & Meppelink, *WPNR* 2016, p. 683-686.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 1-2 (NV II); *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 7 (NvW); *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3 (MvT).

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 7; Art. 2:9c lid 2 en 2:11c BW in het oorspronkelijke wetsvoorstel.

¹⁹² *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 7.

¹⁹³ *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 6-7 (NV II).

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 6-7 (NV II); Raaijmakers, *TvOB* 2017, p. 83; Blanco Fernández 2016, p. 46-48; Harmsen, *Ondernemingsrecht* 2017/104, p. 586-589.

¹⁹⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 7;

¹⁹⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 8 (NV II).

¹⁹⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 9 (NNV II) en 10 (2e NvW II).

¹⁹⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 12; *Kamerstukken II* 2019/2020, 34491, nr. 13-14.

¹⁹⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 34491, nr. 15-16.

met het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen en op 28 januari 2020 aan de Eerste Kamer voorgelegd.²⁰⁰ De leden van de vaste commissie van Justitie en Veiligheid van de Eerste Kamer stelden vervolgens nog wel een aantal vragen over het wetsvoorstel aan de minister.²⁰¹ De minister beantwoorde de vragen van de commissieleden in zijn memorie van antwoord van 28 oktober 2020.²⁰² De commissie oordeelde daarna in haar eindverslag van 3 november 2020 dat het wetsvoorstel voldoende was voorbereid.²⁰³ Vervolgens heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel op 10 november 2020 afgedaan als hamerstuk en is in het besluit van 11 december 2020 vastgesteld dat de WBTR op 1 juli 2021 in werking zou treden.²⁰⁴ Na een lang traject is de WBTR daarmee een feit.

Echter bij besluit van 11 juni 2021 zijn onder meer de bepalingen die de keuze voor een one-tier board voor verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen mogelijk maken uitgesteld tot een nader bij koninklijk besluit te bepalen datum.²⁰⁵ Dit omdat de technische mogelijkheid voor verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen om in het handelsregister aan te geven of een bestuurder uitvoerend of niet uitvoerend is nog niet is gerealiseerd.²⁰⁶ Het is voornamelijk onduidelijk wanneer deze bepalingen in werking zullen gaan treden.

²⁰⁰ *Kamerstukken I* 2019/20, 34491, A.

²⁰¹ *Kamerstukken I* 2019/20, 34491, B (VV I).

²⁰² *Kamerstukken I* 2020/21, 34491, C (MvA I).

²⁰³ *Kamerstukken I* 2020/21, 34491, D.

²⁰⁴ *Stb.* 2020, 507.

²⁰⁵ *Stb.* 2021, 284; Zie hierover ook paragraaf 1.3.

²⁰⁶ *Stb.* 2021, 284 (NvT).

5. Veranderingen en gevolgen door de WBTR voor de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen

5.1. Inleiding

In dit hoofdstuk maak ik de balans op en bespreek ik de veranderingen die de WBTR met zich meebrengt voor verenigingen/stichtingen alsmede de (mogelijke) gevolgen daarvan. Ik focus mij hierbij op de veranderingen en gevolgen die van invloed (kunnen) zijn op de externe aansprakelijkheidsbepalingen die gelden voor bestuurders en toezichthouders (commissarissen), omdat de andere veranderingen het bestek van deze scriptie te buiten gaan. Als laatste beoordeel ik in hoeverre de veranderingen ten aanzien van de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) bijdragen aan het doel van de WBTR.

5.2. Veranderingen ten aanzien van externe aansprakelijkheid

5.2.1. Wettelijke grondslag RvC en one-tier board

Een grote verandering is de thans wettelijk verankerde mogelijkheid voor verenigingen/stichtingen om te kiezen voor het instellen van een RvC (art. 2:47/292a lid 1 BW nieuw), alsmede de nog op een nadere bij koninklijk besluit in te voeren wettelijke mogelijkheid voor een one-tier board, (art. 2:44a/291a BW nieuw). Voor de WBTR ontbrak hiervoor een wettelijke grondslag, wel waren er in diverse sectorale regelgeving dienaangaande bepalingen opgenomen.²⁰⁷ Desalniettemin was er voor verenigingen/stichtingen ook vóór 1 juli 2021 geen beletsel om een RvT in de statuten op te nemen.^{208 209}

In art. 2:47/47a/292a BW (nieuw) zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot de wijze van instelling van de RvC, de taakvervulling van de commissarissen en de samenstelling van de RvC.²¹⁰ De raad bestaat daarbij uit één of meer natuurlijke personen.²¹¹ In art. 2:47/292a lid 1 BW (nieuw) is bepaald dat een RvC ook als RvT kan worden aangeduid zodat verenigingen/stichtingen die al een toezichthoudend orgaan hebben ingesteld hun statuten niet hoeven te wijzigen.²¹² De toezichthoudende organen die voldoen aan het begrip RvC als omschreven in art. 2:47/292a lid 2 BW nieuw vallen zodoende ook onder de bepalingen van art. 2:47/292a lid 1 BW.²¹³

Het gevolg van het instellen van een RvC bij een vereniging/stichting is dat de commissarissen dan vallen onder de aansprakelijkheidsbepalingen van art. 2:138 BW zoals bepaalt in art. 2:50a/300a BW nieuw, ook indien dit een *informele* en niet Vpb-plichtige vereniging/stichting betreft.²¹⁴ Het kiezen voor een bestuursmodel met RvC kan zodoende best verstrekkende gevolgen hebben voor *informele* en niet Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen, nu de kerntaken, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden van toezichthouders/commissarissen in de wet zijn vastgelegd. Commissarissen zijn niet alleen verantwoordelijk voor hun eigen handelen maar ook voor het handelen van hun medecommissarissen (collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid).²¹⁵ Vóór 1 juli

²⁰⁷ Een overzicht van sectorale wetgeving waarin een toezichthoudend orgaan wordt voorgeschreven staat vermeld in de bijlage bij het advies Raad van State en nader rapport, *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 4.

²⁰⁸ Bartman e.a., *MvO* 2016, afl. 10/11, p. 228.

²⁰⁹ Zie hierover ook paragraaf 1.3, 3.1 en 4.3

²¹⁰ Waarbij de RvC tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vereniging/stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie (art. 2:47/292a lid 2 BW nieuw), welke bepaling gelijk is aan art. 2:140/250 lid 1 BW voor NV/BV.

²¹¹ Eveneens gelijk aan de bepaling in art. 2:140/150 lid 1 BW voor NV/BV.

²¹² Wareman, *JuTD*, 2021-007, par. 1.

²¹³ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3. p. 4 en 20: Zie ook Vels, nysingh.nl, 3 februari 2020.

²¹⁴ De aansprakelijkheid van commissarissen is door mij in paragraaf 3.3.3. uitvoerig besproken, zodoende verwijs ik daarnaar.

²¹⁵ Zie hierover paragraaf 3.4.2.

2021 had de curator in geval van faillissement van een *informele* en niet-Vpb-plichtige vereniging/stichting enkel de mogelijkheid om commissarissen en toezichthouders op grond van onrechtmatige daad art. 6:162 BW (persoonlijke aansprakelijkstelling) aansprakelijk te stellen.²¹⁶ Sinds 1 juli 2021 heeft de curator nu ook de mogelijkheid om commissarissen/toezichthouders van een *informele* en niet Vpb-plichtige vereniging/stichting aansprakelijk te stellen op grond van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:50a/300a jo. 2:138 BW nieuw (collectieve en hoofdelijke aansprakelijkstelling).²¹⁷

Het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW is niet van toepassing op commissarissen/toezichthouders zodat de bewijslast ten aanzien van de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling geheel bij de curator ligt. Een commissaris/toezichthouder kan zich in voorkomend geval disculperen op grond van art. 2:138/248 lid 3 BW. Hierbij zal de commissaris/toezichthouder moeten bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling door de RvC (toezicht houden) niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.²¹⁸

De invoering van de WBTR leidt niet tot de verplichting voor verenigingen/stichtingen om te kiezen voor een bestuursmodel met een RvC/RvT. Bartman e.a. merken daarover mijns inziens terecht op dat verplichting hiervan voor verenigingen/stichtingen van hele kleine omvang gezien de kosten die dit met zich meebrengt niet wenselijk zou zijn.²¹⁹ Bartman e.a. zien er wel iets in om een dwingende 'checks and balances'²²⁰ voor te schrijven bij rechtspersonen die in overwegende mate worden gefinancierd met publieke middelen en/of zich de vervulling van een (semi)publieke taak ten doel stellen.²²¹ Ook leden van de D66-fractie hebben in de vaste commissie²²² de vraag gesteld waarom de regering het instellen van de RvC als vorm van toezicht binnen stichtingen niet verplicht wil stellen.²²³ Het antwoord van de minister daarop was dat er niet is gekozen voor een algemene verplichting omdat er in de praktijk veel kleine verenigingen/stichtingen zijn waarvoor een dergelijke verplichting te belastend zou zijn.²²⁴ Daarnaast kan in sectorale wetgeving voor specifieke verenigingen/stichtingen worden bepaald dat zij verplicht zijn om intern toezicht te organiseren, indien zij werkzaam zijn in een bepaalde branche, aldus de minister.²²⁵

Ik ben het eens met de minister en Bartman e.a. dat een algehele verplichting op dit moment niet wenselijk is, omdat dit voor de vele kleine niet-commerciële verenigingen/stichtingen die Nederland rijk is teveel financiële en organisatorische gevolgen met zich mee zal brengen (statutenwijzigingen, notariskosten, extra vrijwilligers voor toezichtfuncties). Wel zou men er mijns inziens goed aan doen om voor sectoren waarbij in de toekomst nog misstanden worden geconstateerd, alsnog via sectorale wetgeving een toezichtsorgaan verplicht te stellen, zoals nu al geldt voor de sectoren zorg, onderwijs, volkshuisvesting en in de pensioensector.²²⁶ Ik denk hierbij aan sectorale wetgeving voor onder andere "goede doelen"-stichtingen (fondswerving), waarover de afgelopen jaren geregeld misstanden werden gemeld.²²⁷ Door deze verplichting in sectorale wetgeving op te nemen kunnen er specifieke bepalingen over het toezicht worden opgenomen per sector

²¹⁶ Zie voor de inhoud van deze aansprakelijkheidsbepalingen paragraaf 2.4.3. onder kopje onrechtmatige daad.

²¹⁷ Zie voor de inhoud van deze aansprakelijkheidsbepalingen paragraaf 3.3.3.

²¹⁸ Voor een uitgebreide uiteenzetting van aansprakelijkheid van commissarissen en toezichthouders in geval van faillissement verwijs ik u naar paragrafen 3.1/3.2/3.3.3.

²¹⁹ Bartman e.a., *MvO* 2016, afl. 10/11, p. 228.

²²⁰ Systeem waarbij overheidsbevoegdheden over verschillende organen worden verspreid en ieder orgaan bij de uitoefening van zijn bevoegdheden verantwoording verschuldigd is aan een ander orgaan (vgl. juridischwoordenboek.nl).

²²¹ Bartman e.a., *MvO* 2016, afl. 10/11, p. 228.

²²² Vaste commissie voor Veiligheid en Justitie van de Tweede Kamer.

²²³ *Handelingen II* 2015/16, 34491, nr. 5, p. 4.

²²⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 20 (NV II).

²²⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 20 (NV II).

²²⁶ Zorg: WTZi Wkkg jo. Governancecode Zorg 2017, onderwijs: art. 17b WPO jo art. 21 Code Goed bestuur in het primair onderwijs 2017 resp. art 24^e WVO jo. art. 18 en 20 Code Goed onderwijsbestuur VO 2015, volkshuisvesting: art. 30 en 31 lid 1 Wonw., pensioen: art. 103 en 104 PW; Zie ook Asser/Rensen 2-III 2017/163h en 347a; Klaassen, *Ondernemingsrecht* 2017/107, par. 3 en 4.

²²⁷ Zoals goede doelen-stichtingen waarbij een groot deel van het opgehaalde geld aan de strijdstok van bestuurders is blijven hangen.

waardoor er sprake is van maatwerk. Dit in tegenstelling tot wanneer er een algehele verplichting in het BW zou worden opgenomen voor alle verenigingen/stichtingen. Het opnemen van een verplicht toezichtsorgaan in sectorale wetgeving zal mijns inziens bijdragen aan beter toezicht op het bestuur van verenigingen/stichtingen en mogelijk misstanden in de toekomst kunnen voorkomen.

Het voordeel van het model bestuur en RvC is dat er sprake is van een duidelijke orgaanscheiding tussen de verantwoordelijkheden van de toezichthouders en de professionele bestuurders.²²⁸ Zodoende wordt door het instellen van een RvC het toezicht op het bestuur van de vereniging/stichting vergroot, en zou dit er in ieder geval in theorie toe moeten leiden dat er eerder ingegrepen kan worden wanneer er onbehoorlijk bestuur dreigt. De mate van invloed die de RvC in de vereniging/stichting heeft, hangt mede af van de bevoegdheden die deze krijgt toebedeeld. Deze bevoegdheden zullen in de statuten moeten worden opgenomen en zullen volgens Vels verder moeten gaan dan de wettelijke bevoegdheden op grond van art. 2:47/292a BW.²²⁹ Als voorbeeld van aanvullende bevoegdheden van de RvC noemt Vels de verplichting om goedkeuring van RvC te vragen bij belangrijke bestuursbesluiten en rechtshandelingen of investeringen boven een bepaald bedrag.²³⁰ In art. 2:47/292a BW zijn enkel de kerntaken van de RvC wettelijk vastgelegd.²³¹ De vereniging/stichting kan daarnaast in de statuten de taken van de RvC uitbreiden dan wel nader specificeren waardoor de RvC meer invloed op het bestuur kan krijgen en hierdoor de kans op kennelijk onbehoorlijk bestuur verder kan worden inperkt.

Blijkt na evaluatie van de WBTR dat er bij kleine niet Vpb-plichtige (niet-commerciële) verenigingen/stichtingen nog steeds onvoldoende toezicht is en er zich hierdoor nog steeds veel misstanden voordoen dan pleit ik ervoor om te onderzoeken of een verplichting tot instelling van een toezichthoudend orgaan voor verenigingen/stichtingen vanaf een bepaalde omvang niet alsnog wenselijk is.

One-tier board

Vanaf een nog nader bij koninklijk besluit te bepalen datum kunnen verenigingen/stichtingen straks ook kiezen voor een one-tier board (art. 2:44a/291a BW nieuw).²³² Redenen voor een vereniging/stichting om hiervoor te kiezen kunnen onder meer zijn dat de toezichthouders (niet uitvoerende bestuurders) dicht op het bestuur zitten en zij daardoor in een vroeg stadium weten wat er speelt binnen de vereniging/stichting, of dat het instellen van een RvC als te zwaar wordt gezien.²³³ Omdat niet uitvoerende bestuurders dicht op het organisatiebeleid zitten en direct in kunnen grijpen in de koers en strategie van de vereniging/stichting zouden zij ook een grotere betrokkenheid hebben bij de onderneming dan commissarissen, zo wordt gedacht.²³⁴ Op grond van sectorale wetgeving is het voor woningcorporaties en zorginstellingen niet toegestaan om een one-tier board te vormen.²³⁵ Daarentegen is het voor onderwijs- en pensioeninstellingen inmiddels al enkele jaren mogelijk om te kiezen voor een one-tier board.²³⁶

De keuze voor een one-tier board heeft tot gevolg dat op zowel de uitvoerende als niet uitvoerende bestuurders het aansprakelijkheidsregime van art. 2:138 BW van overeenkomstige toepassing is. Dit volgt uit art. 2:50a/300a BW (nieuw).²³⁷ Al bij de behandeling van het wetvoorstel bestuur en toezicht in 2010, dat zag op de aanpassing van regels over bestuur en toezicht voor NV's/BV's, was er veel kritiek op de aansprakelijkheidspositie van de niet uitvoerende bestuurder en de collectieve

²²⁸ Laseur & Nolen, *Dyademagazine* 2008/4, p. 16.

²²⁹ Vels, nysingh.nl, 3 februari 2020.

²³⁰ Vels, nysingh.nl, 3 februari 2020.

²³¹ Asser/Rensen 2-III 2017/163f.

²³² Zie hierover paragraaf 3.4.

²³³ Quist & Rensen, *WPNR* 2017, p. 629.

²³⁴ Vlg. De Waal, tanger.nl, 31 januari 2017.

²³⁵ Op grond van art. 30 lid 1 Wonw., art. 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi; Zie ook Quist & Rensen, *WPNR* 2017, p. 629.

²³⁶ Art. 101a PW en art. 17b WPO; Zie ook Quist & Rensen, *WPNR* 2017, p. 629.

²³⁷ Zie over de aansprakelijkheid van uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders paragraaf 2.4.

aansprakelijkheid van het bestuur.²³⁸ Destijds pleitte onder meer Wezeman en Strik ervoor om een apart aansprakelijkheidsregime te creëren voor niet uitvoerende bestuurders.²³⁹ Maar zowel in de politiek als in de literatuur was het merendeel voor het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.²⁴⁰ Meer recent sprak Van Ginneken zich uit over de aansprakelijkheidspositie van de niet uitvoerend bestuurder. Van Ginneken stelt zich op het standpunt dat voor niet uitvoerende bestuurders dezelfde afgeleide aansprakelijk zou moeten gelden als voor commissarissen in een two-tier board.²⁴¹ Anders worden niet uitvoerende bestuurders met voornamelijk toezichthoudende taken in het keurslijf van onbehoorlijk bestuur getrokken, aldus Van Ginneken.²⁴²

Ik ben het niet eens met Van Ginneken en wel om de volgende reden. Zoals reeds in paragraaf 3.4.2. door mij gesteld en onderbouwd ben ik, net als het gros van de auteurs,²⁴³ van mening dat de niet uitvoerende bestuurder waarvan de taken nadrukkelijk in de statuten zijn vastgelegd met een beroep op taakverdeling de mogelijkheid heeft om zich te disculperen op grond van art. 2:138 lid 3 BW, indien de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling ziet op een taak die buiten zijn takenpakket valt en waarmee hij geen bemoeienis mee heeft gehad. Het in de statuten een duidelijke scheiding tussen de taken van de uitvoerende en de niet uitvoerende bestuurders maken kan helpen bij het inperken van de aansprakelijkheid van de niet uitvoerende bestuurder. Taken die niet specifiek aan individuele bestuurders zijn toebedeeld vallen toe aan het bestuur als geheel en dan zal ook de niet uitvoerende bestuurder zich minder snel kunnen disculperen.²⁴⁴

Ik kan mij zodoende wel vinden in het door de minister gekozen aansprakelijkheidsregime voor de niet uitvoerende bestuurder. Immers de bedoeling van uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders in één bestuur is dat de niet uitvoerende bestuurder dichter op het vuur zit en daardoor meer inzicht en invloed zou moeten hebben op de besluitvorming van het bestuur dan een commissaris.²⁴⁵ Van de niet uitvoerende bestuurder mag dan ook meer verantwoordelijkheid worden verwacht als het gaat om het toezicht houden op de uitvoerende bestuurders, het bijsturen en het indien nodig voorkomen van besluiten die tot stand komen door kennelijk onbehoorlijk bestuur. Bij een grotere verantwoordelijkheid past naar mijn mening dan ook een groter aansprakelijkheidsrisico voor de niet uitvoerende bestuurder. Daarnaast is het voor een derde vaak lastig om vast te stellen door wie het onbehoorlijk bestuur is gepleegd. Zodoende ben ik van mening dat de collectieve aansprakelijkheid van het gehele bestuur terecht is en dat ook voor niet uitvoerende bestuurders het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW dient te gelden.²⁴⁶

De keuze voor een one-tier board zou tot gevolg kunnen hebben dat vrijwilligers lastiger te vinden zullen zijn. Enerzijds omdat er hierdoor vermoedelijk meer bestuursfuncties moeten worden ingekleed en er zodoende meer vrijwilligers nodig zijn die veelal al lastig te vinden zijn. Anderzijds zou het kunnen zijn dat de aansprakelijkheidsrisico's van een niet uitvoerende bestuurder de vrijwilligers afschrikt. Ook bij formele en tevens Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen zou het kunnen zijn dat potentiële bestuurders gezien de taken, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden zich minder snel zullen melden voor een functie als niet uitvoerende bestuurder, maar in dat geval liever kiezen voor een bestuursfunctie bij een commerciële vennootschap. Dit omdat ze in dat geval vaak een hoger salaris ontvangen, hetgeen als meer passend kan worden beschouwd bij de mate van verantwoordelijkheid en mogelijke aansprakelijkheid vanwege de functie.

²³⁸ *Kamerstukken I* 2010/11, 31763, B. p. 3 (VV).

²³⁹ Wezeman, AA 2009, afl. 2, p. 113.

²⁴⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 31058, nr. 22, p. 23; Zie o.a. Asser/Van Solingen & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/238; Dumoulin, *Ondernemingsrecht* 2012/90; Schild & Timmerman, *WPNR* 2014, p. 274; Timmerman, *Ondernemingsrecht* 2009/2.

²⁴¹ Van Ginneken 2017/II.13.4.

²⁴² Van Ginneken 2017/II.13.4.

²⁴³ O.a. Kreileman, 2017, par. 10.4.1; Asser/Maeijer van Solinge & Nieuwe Weme 2 II* 2009/460; Assink/Slager 2013, (Deel 1), par. 53.2; Strik 2010, par.5.6.5; Wezeman 2009, p. 99.

²⁴⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 8 (MvT).

²⁴⁵ Zie hierover paragraaf 3.4.2.

²⁴⁶ Zie hierover paragraaf 3.4.2.

Keuze voor RvC of one-tier board

De keuze voor een RvC zal vermoedelijk voor kleine niet-commerciële verenigingen/stichtingen naast de financiële en organisatorische gevolgen veelal niet interessant zijn vanwege de aansprakelijkheidsrisico's voor de commissarissen.²⁴⁷ Zeker niet wanneer een dergelijke vereniging/stichting grotendeels wordt gerund door (onbezoldigde) vrijwilligers. Dit kan ertoe leiden dat (voldoende) vrijwilligers voor verenigingen/stichtingen moeilijker te vinden zullen. Anderzijds zou het zo kunnen zijn dat vrijwilligers voor een toezichtfunctie gemakkelijker zijn te vinden dan voor een bestuursfunctie gezien het verschil in taken, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden, waardoor de bestuursfuncties vacant blijven. Indien een vereniging/stichting verwacht onvoldoende vrijwilligers te kunnen vinden voor de bestuurs- en toezichttaken, kunnen zij vermoedelijk beter kiezen voor het bestuursmodel bestuur en directie of een one-tier board.²⁴⁸

Commissarissen bij een vereniging krijgen een raadgevende stem in de algemene vergadering (art. 2:47 lid 9 BW) en kunnen zelfs stemrecht in de algemene vergadering in de statuten krijgen toegekend zo blijkt uit ditzelfde artikellid. Daarnaast heeft de RvC de bevoegdheid om bestuurders te schorsen (art. 2:47 lid 3 BW), hetgeen weliswaar door de algemene vergadering weer kan worden opgeheven. Zodoende kunnen de commissarissen dus in het vaarwater van de algemene vergadering en dus de leden komen en daardoor de invloed van de leden mogelijk kunnen verkleinen. Mogelijk speelt dit ook een rol bij de keuze voor het al dan niet invoeren van een RvC.

Ik verwacht dat kleine niet-commerciële verenigingen/stichtingen niet of zelden voor een one-tier board zullen kiezen, omdat kleine verenigingen/stichtingen vermoedelijk liever het bestuur zo klein mogelijk willen houden en zodoende goed uit de voeten kunnen met het bestuursmodel waarbij een bestuur en directie worden aangesteld.²⁴⁹

Voor formele en Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen zal de keuze voor de one-tier board minder ingrijpend zijn, immers bestuurders van deze verenigingen/stichtingen vielen al onder het aansprakelijkheidsregime van art. 2:138 BW (art. 2:50a/300a BW). Een one-tier board kan een oplossing zijn indien het bestuur en directie model als te licht wordt ervaren en het model bestuur en RvC als een te grote stap.²⁵⁰ Zodoende verwacht ik dat zeker formele en Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen vaker zullen kiezen voor een one-tier board in plaats van een bestuur en directie model. Ik vind het goed dat verenigingen/stichtingen de mogelijkheid hebben om te kiezen voor een bestuursmodel dat het beste past bij hun organisatie. Mijns inziens zullen verenigingen/stichtingen vooraf goed moet nadenken over hoe zij de taken binnen de onderneming willen gaan verdelen en de voor- en nadelen van de verschillende bestuursmodellen moeten afwegen. Waarbij de mate van invloed van de toezichthouders een belangrijke rol zal hebben bij de keuze voor of een one-tier board waarbij de niet uitvoerende bestuurder een grotere invloed op de besluitvorming en taakuitoefening van de uitvoerende bestuurders zal hebben en eerder zal kunnen bijsturen of ingrijpen, of voor een RvC waarbij het toezicht op het bestuur wat meer op afstand staat maar wel degelijk een belangrijke toezichthoudende rol heeft.

5.2.2. Aansprakelijkheid in faillissement

De grootste verandering die de WBTR brengt, is naar mijn mening dat de curator sinds 1 juli 2021 de mogelijkheid heeft om alle bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van verenigingen/stichtingen aansprakelijk te stellen,²⁵¹ indien het bestuur/de raad zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, op grond van art. 2:50a/300a jo. 2:138 BW nieuw. Bestuurders en toezichthouders

²⁴⁷ Zie ook Bartman e.a., *MvO* 2016, afl. 10/11, p. 229.

²⁴⁸ Waarbij de directieleden alsnog met aansprakelijk kunnen worden geconfronteerd wanneer zij zich als feitelijk beleidsbepaler van de vereniging/stichting gedragen zoals door mij onder meer beschreven in paragraaf 3.3.1.

²⁴⁹ Zie hierover paragraaf 2.3.

²⁵⁰ Laseur & Nolen, *Dyademagazine* 2008/4, p. 17.

²⁵¹ Dus van zowel formele als informele verenigingen als van commerciële en niet-commerciële verenigingen en stichtingen.

(commissarissen) van *informele* verenigingen en niet Vpb-plichtige (niet-commerciële) verenigingen/stichtingen worden niet langer ontzien.²⁵² De minister heeft voor deze verscherping van de aansprakelijkheid gekozen, omdat ook bij deze rechtspersonen fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim door bestuurders en commissarissen kan voorkomen als gevolg waarvan de vereniging/stichting failliet gaat.²⁵³ In dat geval dient de curator over adequate middelen te beschikken om de geleden schade te verhalen op deze bestuurders en commissarissen die hun taken ernstig hebben verzuimd, aldus de minister.²⁵⁴

Daarnaast is ook het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op bestuurders en commissarissen van *formele* en tevens Vpb-plichtige verenigingen en Vpb-plichtige stichtingen alsmede verenigingen/stichtingen die krachtens de wet verplicht zijn een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening (art. 2:50a/300a lid 2 BW nieuw).

In Nederland hebben we veel informele en niet Vpb-plichtige (niet-commerciële) verenigingen/stichtingen waarvoor nu sinds 1 juli 2021 de aansprakelijkheidsbepalingen van art. 2:138 BW gelden. De curator heeft zodoende nu de mogelijkheid om indien daar afhankelijk van de omstandigheden aanleiding toe bestaat de bestuurders en/of toezichthouders (commissarissen) van verenigingen/stichtingen aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en/of op grond van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:50a/300a jo. 2:138 BW). Hierdoor heeft de curator meer kans om geld in de boedel te krijgen voor de gezamenlijke schuldeisers.

Kritiek

In de literatuur hebben diverse auteurs zich kritisch uitgelaten over de wenselijkheid en de gevolgen van het aanscherpen van de aansprakelijkheidsregels voor verenigingen/stichtingen en ook tijdens de behandeling van het wetsvoorstel zijn herhaaldelijk kritische vragen gesteld.²⁵⁵ Met name de vraag of de verzwaarde aansprakelijkheid en het bewijsvermoeden²⁵⁶ tot gevolg zullen hebben dat vrijwilligers en mogelijke talentvolle bezoldigde bestuurders zich nog wel beschikbaar zullen stellen voor een bestuursfunctie bij een vereniging/stichting.²⁵⁷ Ook is de vraag gesteld of scherpere algemene aansprakelijkheidsregels wel echt nodig zijn, en hier niet in sectorale wetgeving voorzien kan worden.²⁵⁸

Zelf ben ik er, evenals Udo,²⁵⁹ voorstander van dat de aansprakelijkheidsbepalingen van art. 2:138 BW ook gaan gelden voor *informele* verenigingen en niet Vpb-plichtige (niet-commerciële) verenigingen/stichtingen en wel om de volgende redenen. De enkele mogelijkheid om bestuurders en toezichthouders (commissarissen) aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige daad vind ik ontoereikend. Immers dit betreft enkel een persoonlijke aansprakelijkheid wanneer een bestuurder of toezichthouder (commissaris) een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Wil de curator alle bestuurders aansprakelijk stellen dan zal hij voor iedere bestuurder apart moeten aantonen dat er sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt en dit kan (erg) lastig omdat de Hoge Raad een hoge drempel heeft aanvaard voor aansprakelijkheid van bestuurders op grond van onrechtmatige daad.²⁶⁰

²⁵² Waarbij moet worden opgemerkt dat bestuurders van informele verenigingen op grond van art. 2:30 lid 2 BW ook al hoofdelijk verbonden zijn voor de schulden uit een rechtshandeling die tijdens zijn bestuur opeisbaar worden. Zie ook paragraaf 2.4.3.

²⁵³ *Kamerstukken I* 2020/21, 34491, C, p. 4.

²⁵⁴ *Kamerstukken I* 2020/21, 34491, C, p. 4.

²⁵⁵ Zie o.a. *Kamerstukken I* 2019/20, 34491, B, p. 1; J.B. Wezeman, annotatie Hof Arnhem-Leeuwarden, 31 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9960, JOR 2014/156 (Stichting De Wieden); Klaassen, *Ondernemingsrecht* 2017/107, par. 8.

²⁵⁶ In het geval van een formele en Vpb-plichtige vereniging/stichting.

²⁵⁷ Overes, *Ondernemingsrecht* 2015/103; Overes 2016, p. 96; Plomp 2016, p. 144-145; De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2017/102, par. 5.2; Harmsen, *Ondernemingsrecht* 2017/104, par. 4.

²⁵⁸ Zie o.a. De Kluiver, *NJB* 2018/745, p. 7.

²⁵⁹ Udo 2015, p. 135.

²⁶⁰ HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, r.o. 5.3 (*Willemsen/NOM*). Zie hierover ook paragraaf 2.4.3.

Daarnaast vind ik dat de bestuurders en toezichthouders (commissarissen) ook verantwoordelijkheid moeten dragen voor de handelingen van hun medebestuurders of medetoezichthouders zodat zij ertoe worden gedwongen om ook elkaar scherp te houden, te controleren en zo nodig in te grijpen om onbehoorlijk bestuur/toezicht te voorkomen. Zodoende ben ik voorstander van de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur en de RvC, en juich ik het toe dat de curator nu de mogelijkheid heeft om het gehele bestuur en/of RvC van verenigingen/stichtingen aansprakelijk te stellen op grond van dan wel overeenkomstige toepassing van art. 2:138 BW. De mogelijkheid om deze aansprakelijkheid op te nemen in sectorale wetgeving zoals gesteld door De Kluijver vind ik geen goede oplossing nu uniforme wetgeving voor alle verenigingen/stichtingen mij hier het meest wenselijk en meest effectief lijkt. Immers dit is naar mijn mening een regel van algemene aard die moet gelden voor alle verenigingen/stichtingen en niet enkel voor verenigingen/stichtingen in bepaalde sectoren of branches.

Dat er uiteindelijk voor is gekozen om het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW niet voor bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van informele en tevens niet Vpb-plichtige verenigingen en niet Vpb-plichtige stichtingen te laten gelden vind ik een goede ontwikkeling, anders zou een mogelijk gevolg kunnen zijn dat vrijwilligers voor bestuursfuncties voor informele en tevens niet Vpb-plichtige verenigingen en niet Vpb-plichtige stichtingen moeilijker te vinden zijn. Alhoewel uit het rapport van het CBS van 1 december 2020 over het verrichten van vrijwilligerswerk in 2019 (bij een organisatie of vereniging)²⁶¹ blijkt dat als motief voor het verrichten van vrijwilligerswerk 'omdat het leuk is' en 'om iets voor een ander te doen'.²⁶² Daarnaast werd vaak aangegeven dat men vrijwilligerswerk deed omdat men het een zinvolle tijdsbesteding vond en vanwege de sociale contacten.²⁶³ Zodoende lijkt veelal intrinsieke motivatie de grondslag te zijn voor het verrichten van vrijwilligerswerk en verwacht ik dan ook niet dat de aanscherping van de aansprakelijkheidsbepalingen de intrinsiek gemotiveerde vrijwilligers zal weerhouden om een bestuurs- of toezichtfunctie bij een vereniging/stichting te (gaan) bekleden.

Ten aanzien van informele niet Vpb-plichtige (niet-commerciële) verenigingen/stichtingen zal de curator het kennelijk onbehoorlijk bestuur moeten bewijzen en zal hij aannemelijk moeten maken dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Alleen bestuurders en toezichthouders die zich aantoonbaar roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoordelijke hebben gedragen zullen de door de curator ingestelde vordering op grond van art. 2:50a/300a (nieuw) BW jo. 2:138 BW toegewezen zien worden door de rechter.²⁶⁴ Zodoende zullen verantwoordelijke en plichtsgetrouwe bestuurders en toezichthouders (commissarissen) die naar eer en geweten handelen zich naar mijn mening weinig zorgen hoeven te maken dat zij aansprakelijk zullen worden gesteld. Desalniettemin verwacht ik wel dat er vanaf 1 juli 2021 meer aansprakelijkheidsprocedures zullen worden ingesteld en dit uiteindelijk ook tot meer veroordelingen van bestuurders of toezichthouders (commissarissen) op grond art. 2:50a/2:300a BW (nieuw) jo. art. 2:138 BW zal leiden. Zeker indien de curator zich kan beroepen op één van de bewijsvermoedens van art. 2:138 lid 2 BW, in welk geval de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling vast staat en hij enkel nog aannemelijk moet maken dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Het ligt zodoende voor de hand dat curatoren van deze mogelijkheid dankbaar gebruik zullen gaan maken en bestuurders primair op grond van 2:50a/300a BW nieuw jo. 2:138 BW alsmede subsidiair op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk zullen gaan stellen.²⁶⁵ Waarbij art. 6:162 BW dient als tweede mogelijke aansprakelijkheidsgrond wanneer de aansprakelijkstelling op grond van art. 2:138 BW niet wordt toegewezen, omdat de curator bijvoorbeeld onvoldoende

²⁶¹ Waarbij de meeste vrijwilligers zich inzetten voor sportverenigingen, scholen, jeugdwerk, verzorging en levensbeschouwelijke organisaties.

²⁶² *Rapport Vrijwilligerswerk 2019*, cbs.nl, 1 december 2020.

²⁶³ *Rapport Vrijwilligerswerk 2019*, cbs.nl, 1 december 2020.

²⁶⁴ Zie hierover paragraaf 3.3.2.

²⁶⁵ Dit zien we ook in jurisprudentie m.b.t. bestuurders van NV's/BV's zie o.a. Rb. Den Haag 8 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9310.

aannemelijk kan maken dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.²⁶⁶

5.2.3. Aansprakelijkheid voor misleidende jaarrekening/tussentijdse cijfers/bestuurverslag

Bestuurders van een formele en tevens Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen, alsmede van verenigingen/stichtingen met een jaarrekeningverplichting (art. 2:50a/300a lid 2 BW nieuw jo. 2:139 BW), zijn hoofdelijk aansprakelijk voor schade die een derde lijdt indien door de jaarrekening, door tussentijdse cijfers die de vereniging/stichting bekend heeft gemaakt of door het bestuurverslag een misleidende voorstelling wordt gegeven over de toestand van de vereniging/stichting.

Kiest een dergelijke vereniging/stichting straks (na invoering van de bepalingen in art. 2:44a/291a BW) voor een one-tier board dan zijn zowel de uitvoerende als de niet uitvoerende bestuurders aansprakelijk voor misleidende cijfers in jaarrekeningen, tussentijdse cijfers en bestuurverslagen. En heeft bovengenoemde soort vereniging/stichting een RvC dan riskeren ook de commissarissen aansprakelijkheid indien een jaarrekening een misleidende voorstelling geeft van de toestand van de vereniging/stichting en de derde als gevolg daarvan schade lijdt (art. 2:50a/300a lid 3 BW nieuw jo. 2:150 BW). De aansprakelijkheid van commissarissen is hier dus beperkt tot misleidende jaarrekeningen. De bestuurder (zowel uitvoerende als niet uitvoerende) of commissaris is niet aansprakelijk indien hij bewijst dat de misleidende voorstelling in de jaarrekening (alsmede tussentijdse cijfers en bestuurverslag voor bestuurder) niet aan hem te wijten is (art. 2:50a/300a lid 2 en 3 BW nieuw jo. 2:139/150 BW).²⁶⁷ De commissaris moet in dit geval bewijzen dat de wijze waarop de toestand van vereniging/stichting is weergegeven, niet aan een tekortkoming zijnerzijds in het toezicht is te wijten.²⁶⁸

Het van toepassing verklaren van de artikelen 2:139/150 BW (art. 2:50a/300a BW nieuw) voor bestuurders en commissarissen van bovengenoemde soorten verenigingen/stichtingen heeft tot geen of weinig bezorgdheid onder auteurs of in de Eerste of Tweede Kamer geleid. Dit is mijns inziens ook terecht want een bestuurder of commissaris die ervoor kiest om misleidende jaarrekeningen en/of tussentijdse cijfers of bestuurverslagen te ondertekenen,²⁶⁹ neemt daarmee bewust het risico dat een derde op basis daarvan beslissingen neemt die deze bij een juiste voorstelling niet zou hebben genomen, wat tot schade bij de derde kan lijden. Zodoende vind ik het dan ook niet meer dan redelijk dat in dat geval de betrokken bestuurders en/of commissarissen naast de vereniging/stichting aansprakelijk zijn voor de door de derde geleden schade nu dit soort situaties zich ook bij verenigingen/stichtingen kunnen voordoen. Dat de bepalingen van art. 2:139/150 BW sinds 1 juli 2021 ook ten aanzien van bestuurders en commissarissen van genoemde soorten verenigingen/stichtingen gaan gelden vind ik dan ook een goede ontwikkeling.

5.2.4. Ontstentenis en belet

Sinds 1 juli 2021 zijn er bepalingen over ontstentenis en belet van bestuurders en commissarissen van verenigingen/stichtingen opgenomen in art. 2:44/:291 lid 5 BW nieuw (bestuurders) en 2:47/292a lid 5 BW nieuw (commissarissen). Er is sprake van ontstentenis, als de bestuurder of commissaris zijn functie niet langer kan uitoefenen door overlijden, aftreden of ontslag. Van belet is sprake als een zittende bestuurder of commissaris zijn functie niet kan uitoefenen omdat hij is geschorst of zijn taken niet zal kunnen vervullen

²⁶⁶ De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan dan namelijk nog steeds onrechtmatig zijn in de zin van art. 6:162 BW. Over de maatstaf en de bewijslast voor kennelijk onbehoorlijk bestuur zie paragraaf 3.3.2. t/m 3.3.4. en voor onrechtmatige daad zie paragraaf 2.4.3.

²⁶⁷ Voor de mogelijke gronden voor disculpatie verwijs ik u naar paragraaf 3.2. waarin ik dit reeds besprak voor bestuurders en commissarissen van NV's en Bv's.

²⁶⁸ Asser/Kroeze 2-I 2021/573.

²⁶⁹ Waarvan ten aanzien van tussentijdse cijfers en bestuurverslagen alleen bestuurders aansprakelijk kunnen op grond van art. 2:50a/300a jo. art. 2:139 BW.

vanwege bijvoorbeeld een langdurige ziekte.²⁷⁰ Verenigingen/stichtingen zijn verplicht om in hun statuten voorschriften op te nemen omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle bestuurders en commissarissen. In lid 5 is daarnaast opgenomen dat de vereniging/stichting voorschriften in de statuten kan opnemen voor het geval van ontstentenis of belet van één of meer bestuurders of toezichthouders. Het doel van een ontstentenis- en beletregeling in de statuten is om te voorkomen dat een vereniging/stichting zonder functionerend bestuur of RvC komt te zitten wanneer er bestuurders of commissarissen uitvallen.²⁷¹ Degene die de bestuurder of commissaris in geval van belet vervolgens vervangt wordt aangeduid als beletfunctionaris. Deze beletfunctionaris wordt voor wat zijn bestuursdaden betreft met een bestuurder of commissaris gelijkgesteld (art. 2:44/ 291 lid 5 BW en 2:47/292a lid 5 BW nieuw).²⁷² De beletfunctionaris oefent tijdelijk de taken en bevoegdheden van de bestuurder of commissaris uit.²⁷³

De nieuwe bepalingen over ontstentenis en belet kunnen een rol spelen bij de externe aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van verenigingen/stichtingen. Op het moment dat een bestuurder of commissaris door ontstentenis zijn functie verliest is hij logischerwijs vanaf dat moment ook niet meer aansprakelijk voor het handelen van het bestuur/de raad. Hij maakt immers niet langer deel uit van het bestuur/de raad en kan dus ook geen invloed meer uitoefenen, zijn bestuursperiode is geëindigd. De bestuurder of commissaris die tijdelijk uitvalt, en waarvan in de statuten is bepaald dat er in die situatie sprake is van belet, blijft nog wel lid van het bestuur/de raad maar hij mag en kan zijn functie gedurende het belet niet uitoefenen.²⁷⁴ Zodoende kan hij gedurende de periode van belet niet verantwoordelijk worden gehouden voor het handelen van het bestuur/de raad. Wordt de bestuurder of commissaris die is belet toch door een derde aansprakelijk gesteld wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur/de raad dan moet deze zich hier naar mijn mening voor kunnen disculperen,²⁷⁵ indien de onbehoorlijke taakvervulling heeft plaatsgevonden gedurende de periode van belet en dit belet voortduurt gedurende de periode dat de bestuurder of commissaris maatregelen had kunnen nemen om de gevolgen daarvan te voorkomen.²⁷⁶

Ook de beletfunctionaris loopt het risico om aansprakelijk te worden gesteld. Indien hij bij ontstentenis of belet de taken van een bestuurder/commissaris vervult ingevolge een statutaire regeling, wordt hij voor het vervullen van die taken met een bestuurder of commissaris gelijkgesteld (art. 2:44/47/291/292a lid 5 BW).²⁷⁷ De beletfunctionaris maakt geen officieel onderdeel uit van het bestuur/de raad, want hij is niet benoemd op de wijze waarop een bestuurder of commissaris normaliter wordt benoemd, maar door middel van de beletregeling.²⁷⁸ De beletfunctionaris oefent tijdelijk wel de taken en bevoegdheden van bestuurder (of commissaris) uit en kan zodoende bestuursdaden (of toezichtstaken) verrichten en zodoende ook aansprakelijk zijn jegens derden als het bestuur (of raad) zijn taken kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is (art. 2:50a/300a BW nieuw jo. 2:138 BW). Afhankelijk van de omstandigheden zou een beletfunctionaris zich mogelijk wel sneller kunnen disculperen dan een andere bestuurder of commissaris, bijvoorbeeld indien hij nog maar net is aangesteld en nog niet is ingewerkt.²⁷⁹ Daarnaast kan de beletfunctionaris ook nog persoonlijk

²⁷⁰ Dortmund, *Ondernemingsrecht* 2020/161, p. 3; *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 95 (MvT); *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 13 (MvT).

²⁷¹ *Kamerstukken I* 2020/21, 34491, C, p. 6.

²⁷² *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 13-14; Zie ook Van Uchelen-Schipper & de Vries, *Ondernemingsrecht* 2020/78, par. 3.

²⁷³ Van Uchelen-Schipper & de Vries, *Ondernemingsrecht* 2020/78, par. 5.

²⁷⁴ Van Uchelen-Schipper & de Vries, *Ondernemingsrecht* 2020/78, par. 2.

²⁷⁵ Op grond van art. 2:138 lid 3 BW.

²⁷⁶ Westenbroek 2017, par. 6.3.

²⁷⁷ Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 39; *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 6, p.3-4.

²⁷⁸ Van Uchelen-Schipper & de Vries, *Ondernemingsrecht* 2020/78, par. 5.

²⁷⁹ Zie ook Van Uchelen-Schipper & de Vries, *Ondernemingsrecht* 2020/78, par. 5.

aansprakelijk zijn ten opzichte van derden indien hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt als gevolg waarvan een derde schade lijdt (art. 6:162 BW).²⁸⁰

5.3. Bijdrage veranderingen aan het doel van de wet

Het doel van de WBTR is het verbeteren van de kwaliteit van het bestuur en toezicht in de (semi)publieke sector, met name bij verenigingen/stichtingen door het aanvullen, verduidelijken en uniformeren van de regeling voor bestuur en toezicht bij de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting.²⁸¹ Wanneer ik kijk naar de veranderingen die de WBTR ten aanzien van de externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van verenigingen/stichtingen meebrengt dan ben ik van mening dat de betreffende bepalingen zeker bijdragen aan het doel van de WBTR.

Allereerst hebben verenigingen/stichtingen meer wettelijke mogelijkheden gekregen om zelf te bepalen hoe zij het bestuur en toezicht willen invullen en kunnen zodoende kiezen voor een bestuursmodel dat past bij de grootte en doelstelling van de organisatie. Daarnaast zijn nu ook direct de kerntaken, bevoegdheden, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden voor de daarbij behorende bestuurders en toezichthouders (commissarissen) wettelijk vastgelegd. Dit schept duidelijkheid over de kaders waarbinnen de bestuurders en toezichthouders (commissarissen) kunnen opereren.

Ten tweede onderstreept de WBTR mijns inziens de gedachte dat een bestuurs- of toezichtfunctie geen taak is die je er even bij doet, maar een serieuze insteek vereist en door capabele mensen moet worden uitgevoerd. Voor onbezoldigde vrijwilligers die deelnemen in het bestuur/de raad van een niet-commerciële vereniging/stichting zullen de aansprakelijkheidsbepalingen gewichtig kunnen overkomen. Echter bestuurders en toezichthouders (commissarissen) die naar eer en geweten handelen hoeven naar mijn mening ook nu geen aansprakelijkstelling te vrezen. Dit geldt te meer voor (onbezoldigde) bestuurders en/of toezichthouders (commissarissen) bij kleine niet-commerciële verenigingen/stichtingen nu het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW voor hen niet van toepassing is en de curator zodoende het kennelijk onbehoorlijk bestuur zal moeten bewijzen. Ook draagt de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van verenigingen/stichtingen voor misleidende jaarrekeningen, tussentijdse cijfers en bestuursverslagen op grond van art. 2:50a/300a jo. 2:139/150 BW mijns inziens bij aan het verbeteren van de kwaliteit van het bestuur en toezicht. Het sjoemelen met cijfers wordt daarmee afgestraft.

Als laatste biedt de WBTR meer duidelijkheid en rechtszekerheid voor derden die samenwerken of zaken doen met een vereniging/stichting. De wijze van toezicht en vastlegging van taken en bevoegdheden zal er mijns inziens mede voor zorgen dat derden weer meer vertrouwen krijgen in verenigingen/stichtingen waardoor ze mogelijk weer vaker zaken met ze willen doen. Daarnaast zullen de aansprakelijkheidsbepalingen ervoor zorgen dat schuldeisers in theorie meer kans hebben om in het geval van faillissement van de vereniging/stichting in geval van onbehoorlijk bestuur hun vordering via de curator nog (deels) te verhalen op de bestuurders en/of toezichthouders.

Vooralsnog zie ik nog niet dat de veranderingen die de WBTR brengt ten aanzien van de externe aansprakelijkheid ook doorwerkt in aansprakelijkheidsbepalingen in andere wetgeving zoals de fiscale aansprakelijkheid van art. 36 IW. Ik vind dit een gemiste kans, omdat zeker de fiscus baat zou kunnen hebben bij meer mogelijkheden tot aansprakelijkstelling van bestuurders van verenigingen/stichtingen op grond van art. 36 IW nu in de praktijk blijkt dat het incasseren van onbetaald gebleven loon- en omzetbelasting nog wel eens lastig is omdat de vereniging/stichting op een bankrekening na vaak geen andere vermogensbestandsdelen heeft waarop de fiscus zich kan verhalen. Zodoende zou aansprakelijkstelling van de bestuurder(s) dan uitkomst kunnen bieden.

Al met al zie ik grotendeels positieve effecten die de WBTR zal brengen.

²⁸⁰ Zie ook Van Uchelen-Schipper & de Vries, *Ondernemingsrecht* 2020/78, par. 5.

²⁸¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 1-3 (MvT).

6. Conclusie

De WBTR brengt veel veranderingen voor verenigingen/stichtingen mee. In deze scriptie staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

“Welke veranderingen en (mogelijke) gevolgen brengt de invoering van de WBTR ten aanzien van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen met zich mee en dragen deze veranderingen bij aan de verwezenlijking van het doel van de WBTR?”

Om antwoord op deze centrale vraag te geven heb ik 6 deelvragen gesteld,²⁸² waarvan mijn bevindingen in hoofdstuk 2 t/m 5 zijn weergegeven. In hoofdstuk 2 heb ik de externe aansprakelijkheden (tot 1 juli 2021) van bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen in kaart gebracht en deze vervolgens in hoofdstuk 3 vergeleken met NV's/BV's. Hieruit zijn de volgende verschillen naar voren gekomen:

- Aansprakelijkheid in faillissement geldt voor alle bestuurders van een NV/BV (art. 2:138/248 BW), maar gold enkel voor bestuurders van formele en tevens Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen (art. 2:50a/300a BW oud).
- Fiscale aansprakelijkheid (art. 36 IW) geldt voor alle bestuurders van een NV/BV, maar enkel voor bestuurders van *formele* en tevens Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen.
- Alleen een NV/BV had de wettelijke mogelijkheid voor instellen van een RvC (art. 2:140/250 BW) of one-tier board (art. 2:129a/239a lid 1 BW), waardoor ook commissarissen en niet uitvoerende bestuurders aansprakelijk kunnen zijn op grond van art. 2:149/259 jo. 2:138 BW.
- Balansaansprakelijkheid geldt voor alle bestuurders van een NV/BV; zij zijn aansprakelijk voor misleidende jaarrekeningen, tussentijdse cijfers en jaarverslag (art. 2:139/249 BW), alsmede voor commissarissen voor misleidende jaarrekening (art. 2:150/160 BW). Deze aansprakelijkheid bestond enkel voor bestuurders en commissarissen van *formele* en tevens Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen in het geval van faillissement op grond van art. 2:50a/300a BW oud jo. 2:139/150 BW.

Uit de verschillen blijkt dat het risico op externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van NV's/BV's tot 1 juli 2021, ten minste in theorie, groter was dan voor bestuurders en toezichthouders van verenigingen/stichtingen.

In hoofdstuk 3 heb ik het begrip kennelijk onbehoorlijk bestuur verkend. Als hoofdregel geldt dat hiervan sprake is als: geen redelijk denkend bestuurder (of toezichthouder) onder dezelfde omstandigheden hetzelfde zou hebben gehandeld.²⁸³ Hierbij speelt het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW een grote rol ten aanzien van de bewijslast. Daarnaast moet de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn wil de bestuurder/toezichthouder daadwerkelijk aansprakelijk zijn voor het boedelttekort. Op de vraag of een individuele bestuurder of toezichthouder zich kan disculperen kan mijns inziens bevestigend geantwoord worden. Disculpatie is mogelijk op grond van art. 2:138 lid 3 BW, indien de bestuurder/toezichthouder (commissaris) bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Daarnaast ben ik van mening dat een individuele bestuurder/toezichthouder (commissaris) zich, ook indien op grond van art. 2:138 lid 2 BW vaststaat dat er sprake is van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling, zou moeten kunnen disculperen nu deze situatie in lid 3 niet is nadrukkelijk is uitgesloten. De meningen in de literatuur zijn hierover echter verdeeld en jurisprudentie zal moeten uitwijzen of en zo ja in welke gevallen een dergelijk beroep zal slagen. Daarnaast heeft de bestuurder/toezichthouder (commissaris) altijd de mogelijkheid om bewijs te leveren dat het faillissement is veroorzaakt door een andere oorzaak dan de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling en zich zodoende te disculperen.

²⁸² Zie voor de deelvragen paragraaf 1.2.

²⁸³ HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Drankenhandel Zoolingen*); HR 8 juni 2001, ECLI:HR:2001:AB2053 (*Panmo, Gilhuis/H.*); HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804.

Als laatste heb ik in hoofdstuk 3 het bestuursmodel one-tier board en de aansprakelijkheid van de uitvoerende bestuurder en de niet uitvoerende bestuurder besproken. De niet uitvoerende bestuurder is een soort hybride figuur die zowel kenmerken heeft van een uitvoerende bestuurder als van een commissaris, maar mijn inziens het dichtst aanzit tegen de uitvoerende bestuurder. Zodoende is de niet uitvoerende bestuurder ook aansprakelijk voor kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:138 BW) waarvoor ook terecht het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW geldt. Naar mijn mening zal hij zich op grond van taakverdeling wel eerder moeten kunnen disculperen dan de uitvoerende bestuurder. Daarnaast is de niet uitvoerende bestuurder evenals de uitvoerende bestuurder aansprakelijk voor misleidende jaarrekeningen, tussentijdse cijfers en bestuursverslagen conform art. 2:139 BW en op grond van art. 36 IW (fiscale aansprakelijkheid).

In hoofdstuk 4 heb ik de aanleiding en het doel van de WBTR behandeld. De aanleiding was een aantal incidenten c.q. misstanden op het gebied van bestuur en toezicht in de sociale huursector, de gezondheidszorg en het onderwijs alsmede het rapport van de Commissie Behoorlijk Bestuur dan naar aanleiding daarvan in 2013 met aanbevelingen kwam.²⁸⁴ Het doel van de WBTR is het verbeteren van de kwaliteit van het bestuur en toezicht in de (semi)publieke sector, met name bij verenigingen/stichtingen door het aanvullen en verduidelijken en uniformeren van de regeling voor bestuur en toezicht bij de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting. Daarnaast heb ik besproken hoe de wet na een langdurig proces uiteindelijk tot stand is gekomen en wat de kritiekpunten daarbij waren.

Vervolgens heb ik in hoofdstuk 5 de veranderingen en (mogelijke) gevolgen die de WBTR met zich meebrengt ten aanzien van externe aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van verenigingen/stichtingen uiteengezet. Dit zijn:

- Wettelijke grondslag RvC, met als gevolg dat in geval van instelling van een RvC ook alle commissarissen onder de aansprakelijkheidsbepalingen van art. 2:138 BW vallen zoals bepaald in art. 2:50a/300a BW nieuw.
- Wettelijke grondslag one-tier board, met als gevolg dat zowel uitvoerende als niet uitvoerende bestuurders onder de aansprakelijkheidsbepalingen van art. 2:138 BW gaan vallen (zodra de bepalingen in art. 2:44a/291a BW bij een nader koninklijk besluit in werking zijn getreden), zoals volgt uit art. 2:50a/300a BW nieuw.
- Aansprakelijkheid in faillissement voor alle bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van verenigingen/stichtingen in geval het bestuur/de raad zijn/haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:50a/300a jo. 2:138 BW nieuw). Waarbij het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 van overeenkomstige toepassing is verklaard op bestuurders van *formele* en Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen alsmede voor verenigingen/stichtingen met een jaarrekeningverplichting (art 2:50a/300a lid 2 BW nieuw jo. 2:138 BW). Het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW geldt niet voor commissarissen, nu de administratie- en publicatieplicht (art. 2:10/394 BW) de taak van het bestuur is. Echter indien het bestuur de administratie- of publicatieplicht heeft geschonden en de RvC op dat punt onvoldoende toezicht heeft gehouden dan hebben de commissarissen kun taak kennelijk onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.
- Aansprakelijkheid voor misleidende jaarrekeningen, tussentijdse cijfers en bestuursverslagen voor bestuurders van *formele* en Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen (ook buiten faillissement), alsmede voor verenigingen/stichtingen met – kort gezegd – een jaarrekeningverplichting (art. 2:50a/300a lid 2 BW nieuw jo. 2:139 BW). Commissarissen van deze verenigingen/stichtingen zijn alleen aansprakelijk voor misleidende jaarrekeningen.
- Bepalingen over ontstentenis en belet art. 2:44/47/291a/292a lid 5 BW kunnen een rol spelen bij de externe aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van verenigingen/stichtingen. Waarbij de aansprakelijkheid van bestuurder/commissaris

²⁸⁴ Rapport Commissie Behoorlijk Bestuur 2013.

die is door ontstentenis of belet zijn functie (tijdelijk) verliest niet langer aansprakelijk is vanaf dat moment, maar de beletfunctionaris die zijn taken (tijdelijk) overneemt in geval van faillissement van de vereniging/stichting aansprakelijkheid op grond van 2:50a/300a BW nieuw jo. 2:138 BW riskeert. Daarnaast riskeert de beletfunctionaris persoonlijke aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) indien hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Hieruit concludeer ik dat de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van verenigingen/stichtingen en NV's/BV's, nadat alle bepalingen uit de WBTR in werking zijn getreden, nagenoeg gelijk zijn, met de enige uitzondering dat het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW niet geldt voor *informele* en tevens niet Vpb-plichtige (niet-commerciële) verenigingen/stichtingen.

Naast de hiervoor genoemde juridische gevolgen is er door de politiek en juristen ook veel kritiek geweest op de mogelijk maatschappelijke gevolgen van de verscherpte aansprakelijkheidsregeling voor bestuurders en toezichthouders (commissarissen) van verenigingen/stichtingen. Het grootste kritiekpunt is de vrees dat vrijwilligers voor een bestuurs- of toezichtfunctie bij een vereniging/stichting straks nog maar moeilijk te vinden zullen zijn. Daarnaast wordt gevreesd dat potentiële bestuurders/toezichthouders (commissarissen) er minder snel voor zullen kiezen om hun talenten in te zetten in de niet-commerciële sector.²⁸⁵ Zelf zit ik daar niet erg over in. De nieuwe aansprakelijkheidsbepalingen gaan weliswaar ver en zullen zeker op onbezoldigde vrijwilligers van kleine niet-commerciële verenigingen/stichtingen gewichtig overkomen. Echter naar mijn mening hoeven bestuurders en toezichthouders (commissarissen) die naar eer en geweten handelen niet voor aansprakelijkheid te vrezen, want de curator zal in dat geval goed beslagen ten ijs moeten komen nu de bewijsvermoedens van art. 2:138 lid 2 BW in deze gevallen niet van toepassing zijn. Wel zullen ook vrijwilligers zich moeten realiseren dat het op je nemen van een bestuursfunctie of toezichtfunctie een serieuze taak is. Ook een verminderde interesse van kandidaten voor een bezoldigde bestuursfunctie of toezichtfunctie bij formele en Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen vrees ik niet echt. Immers het aansprakelijkheidsrisico in faillissement gold voor deze bestuurders al. En daarnaast is de keuze voor het bekleden van een functie als bestuurder/toezichthouder (commissaris) bij een vereniging/stichting naar mijn ervaring veelal een bewuste maatschappelijke keuze en normaliter niet gestoeld op het ontlopen van aansprakelijkheid. Mocht dat laatste daarentegen wel de reden voor zijn voor de keuze voor een vereniging/stichting en houden de nieuwe aansprakelijkheidsbepalingen malafide bestuurders en toezichthouders (commissarissen) buiten de deur is dat mijn inziens precies het effect dat de wet ten doel heeft.

Ik ben van mening dat de invoering van de WBTR een goede zet is. De veranderingen dragen mijns inziens bij aan het doel van de wet. Door meer wettelijke mogelijkheden om te kiezen voor een RvC of een one-tier board kunnen verenigingen/stichtingen kiezen voor het bestuur en toezicht dat bij hun organisatie past, maar worden ze niet gedwongen in een bepaald keurslijf. Doordat de taken en bevoegdheden van het bestuur en de toezichthoudende organen nadrukkelijker in de wet opgenomen zijn deze dus zowel voor de bestuurders en toezichthouders (commissarissen) zelf maar ook voor derden duidelijk en kunnen de bestuurders en toezichthouders (commissarissen) hierop worden afgerekend wanneer zij hun taak niet of niet goed vervullen. Dit zal mijns inziens voor meer en beter toezicht gaan zorgen. Dat het hebben van een toezichthoudend orgaan niet verplicht wordt gesteld voor verenigingen/stichtingen vind ik begrijpelijk gezien de impact die dat organisatorisch en financieel met zich meebrengt voor kleine niet-commerciële verenigingen/stichtingen.

Al met al wegen de verwachte positieve effecten van de WBTR ten aanzien van de aansprakelijkheidsbepalingen mijns inziens op tegen de mogelijk negatieve effecten zoals ik die heb weergegeven. Wel wil ik aanbevelen om na het eerste evaluatiemoment te bepalen

²⁸⁵ In een bezoldigde bestuurs- of toezichtfunctie.

of wellicht verdere verzwaring²⁸⁶ of juist versoepeling nodig is, indien het gewenste effect van de wet uitblijft dan wel tegenvalt. Met name indien blijkt, in tegenstelling tot mijn verwachting, dat verenigingen/stichtingen als gevolg van de nieuwe aansprakelijkheidsbepalingen inderdaad grote moeite hebben om vrijwilligers en/of kandidaten voor bezoldigde bestuurs- en toezichtfuncties te vinden.

Opvallend is dat de gevolgen van de WBTR vooralsnog niet doorvloeien naar aansprakelijkheidsbepalingen in andere wetgeving. Ik ben er voorstander van om de fiscale aansprakelijkheid van art. 36 IW in lijn te brengen met de bepalingen van de WBTR. Zodoende wil ik aanbevelen om in navolging van de WBTR ook de fiscale aansprakelijkheid van art. 36 IW uit te breiden naar alle bestuurders van verenigingen/stichtingen. Ik vind dat hier een kans ligt om ook de mogelijke problemen die de fiscus heeft bij het incasseren van met name loon- en omzetbelasting van niet Vpb-plichtige verenigingen/stichtingen te verkleinen door deze aansprakelijkheid uit te breiden.

²⁸⁶ Zoals het verplicht instellen van een toezichthoudend orgaan in geval van een vereniging of stichting met een bepaalde omvang of uit een bepaalde sector in sectorale wetgeving dan wel algemene wetgeving in het BW.

7. Literatuurlijst

Boeken, artikelen en andere (online) bronnen:

Asser/Kroeze 2-I 2021

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel I. Rechtspersonenrecht, De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Asser/Maeijer/Van Solingen & Nieuwe Weme 2-II* 2009

J.M.M. Maeijer, G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel II. Rechtspersonenrecht. De Naamloze en Besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/van Olfen & Rensen 2-IIa 2019

M. van Olfen, G.J.C. Rensen (m.m.v. R.A.F. Timmermans), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel IIb. Rechtspersonenrecht, NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Rensen 2-III 2017

G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel III. Rechtspersonenrecht. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019

M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Novak, T. Salemink), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel IIb. Rechtspersonenrecht. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Assink e.a., 2017

B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Assink/Slagter (Deel 1) 2013

B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht (Deel 1)*, Deventer: Kluwer 2013, par. 53.2.

Bartman, e.a., MvO 2016

S.M. Bartman, e.a., 'Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen', *MvO* 2016, afl. 10-11, p. 227-233.

Blanco Fernández 2016

J.M. Blanco Fernández, 'Toezicht in het rechtspersonenrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht', in: J.M. Blanco Fernández e.a., *Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2016. Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector. Beschouwingen naar aanleiding van het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 31-58.

Brink-van der Meer, TvI 2009/26

J.E. Brink-van der Meer, 'Artikel 2:138-248 BW: Een loterij? Recente ontwikkelingen in jurisprudentie', *TvI* 2009/26, afl. 5.

Croiset van Uchelen, TOP 2014

A.R.J. Croiset van Uchelen, '242. Dichter bij het vuur? Over de aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders', *TOP*, nr. 3, p. 30-33.

Dortmond, Ondernemingsrecht 2020/161

P.J. Dortmond, 'Voortgang Wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *Ondernemingsrecht* 2020/161, afl. 17.

Dortmond, Van der Heiden Handboek NV/BV 2013/399.1

P.J. Dortmond, *Van der Heiden Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013.

Dumoulin, Ondernemingsrecht 2005/91

S. Dumoulin, De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistisch bestuursmodel, *Ondernemingsrecht* 2005/91, afl. 8, p. 266-272.

Dumoulin, Ondernemingsrecht 2012/90

S. Dumoulin, 'Het monistische bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012/90, afl. 12, p. 488-495.

Hamers & Renssen 2018

J.J.A. Hamers & S. Renssen, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders', in: J.J.A. Hamers e.a. (red.), *Stichting, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk beschouwd*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, par. 10.3.4.

Harmen, Ondernemingsrecht 2017/104

C.M. Harmen, 'Artikel 2:9c BW: aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement van de rechtspersoon', *Ondernemingsrecht* 2017/104, afl. 13, p. 586-589.

Heuts, O&F 2005/68

O.L.M. Heuts, 'De commissaris beschermd', *O&F* 2005, afl. 6, p. 41.

Huizink, in: GS Rechtspersonen

J.B. Huizink, commentaar op art 2:11 BW, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer, Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 23-08-2020).

Huizink, in: GS Rechtspersonen

J.B. Huizink, commentaar op art. 2:138 BW, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer, Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 19-11-2019).

Huizink, in: GS Rechtspersonen

J.B. Huizink, commentaar op art 2:139 BW, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer, Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 06-01-2020).

Huizink, in: GS Rechtspersonen

J.B. Huizink, commentaar op art. 2:249 BW, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer, Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 06-01-2020).

Huizink, O&F 2018 (26)

J.B. Huizink, 'De rechtspersoon-bestuurder en art. 2:11 BW', *O&F* 2018 (26), afl. 2, p. 5-10.

Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders 2021

Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders, Belastingdienst/Activiteitengroep Invordering, supplement 66, juli 2021.

De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2017/102

J.M. de Jongh, 'Bestuur en toezicht rechtspersonen in vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2017/102, afl. 13.

Klaassen, *Ondernemingsrecht* 2017/107

A.G.H. Klaassen, 'Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en de semipublieke sector: een betere aansluiting op Boek 2 BW is wenselijk', *Ondernemingsrecht* 2017/107, afl. 13.

Van der Klooster e.a., *RN* 2006/108

J.M. van der Klooster e.a., 'Ondernemingsrecht. Zijn bestuurders aansprakelijk indien aandelen niet zijn volgestort?', *RN* 2006/108 afl. 12.

De Kluiver, *NJB* 2018/745

H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht. Overvloed en onbehagen; Nederlandse ondernemingen in het vizier', *NJB* 2018/745, afl. 15.

Kreileman 2017

N. Kreileman, 'De aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder ex art. 2:138 en 2:248 BW', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in uitdijend rechtsgebied*, *VDHI nr. 140*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 10.

Lamur, *WFR* 2018/115

C.E. Lamur, 'De meldingsplicht van art. 36 Invorderingswet 1990', *WFR*, 2018/115.

Laseur & Nolen, *Dyademagazine* 2008

S. Laseur & M. Nolen, 'Het moet wel leuk blijven: verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en governance', *Dyademagazine* 2008, afl. 4, p. 13-17.

Lennarts in: *T&C* 2021, art. 2:139 BW

M.L. Lennarts, commentaar op art. 2:139 BW, in H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2021 (online, bijgewerkt 01-07-2021).

Lennarts in: *T&C* 2021, art. 2:150 BW

M.L. Lennarts, commentaar op art. 2:150 BW, in H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2021 (online, bijgewerkt 01-07-2021).

Lennarts in: *T&C* 2021, art. 2:129a BW

M.L. Lennarts, commentaar op art. 2:129a BW, in H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2021 (online, bijgewerkt 01-07-2021).

Maeijer, *NJ* 1989/676

J.M.M. Maeijer, annotatie bij, HR 20 mei 1988, ECLI:PHR:1988:AD0329, *NJ* 1989/676.

Maeijer, *NJ* 1997/58

J.M.M. Maeijer, annotatie bij HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2114, *NJ* 1997/58.

Van Nuland, *TvOB* 2017

J.E. van Nuland, 'De aansprakelijkheidspositie van de (mede)beleidsbepaler: art. 2:11 BW en het ernstig verwijt', *TvOB* 2017, afl. 4.

Oost, in: GS Faillissementswet

O. Oost, 'II 2.2.8.1. Schending art. 2:394 BW, in: A.J. Verdaas (red.), *GS Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 27-04-2020).

Overes 2016

C.H.C. Overes, 'Het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie tot de onderwijssector', in: J.M. Blanco Fernández e.a., *Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2016. Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector. Beschouwingen naar aanleiding van het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, 71-104.

Overes, in: GS Rechtspersonen

C.H.C. Overes, commentaar op art 2:44 BW, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer, Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 30-09-2015).

Overes, Ondernemingsrecht 2015/103

C.H.C. Overes, 'Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!', *Ondernemingsrecht 2015/103*, afl. 15.

Quist & Rensen, WPNR 2017

P.H.N. Quist & G.J.C. Rensen, 'De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR 2017*, afl. 7162, p. 628-639.

Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing BW 1991

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob & C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Aanpassing Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1991.

Plomp 2016

E. Plomp, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: een aanwinst voor de zorgsector?', in: J.M. Blanco Fernández e.a., *Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2016. Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector. Beschouwingen naar aanleiding van het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, 105-147.

Polak/Pannevis 2017

M. Pannevis, *Mr. N.J. Polak's Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Raaijmakers, TvOB 2017

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Van ondernemings- naar instellingen'-recht en wiegendood van de flex-B.V.?', *TvOB 2017*, afl. 3, p. 74-86.

Rapport Commissie Behoorlijk Bestuur 2013

Rapport van de Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector, 'Een lastig gesprek', bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13*, 28479, nr. 68.

Rapport Vrijwilligerswerk 2019

Rapport Vrijwilligerswerk 2019, 1 december 2020, <https://www.cbs.nl/nl-nl/longread/aanvullende-statistische-diensten/2020/vrijwilligerswerk-2019>.

Rensen, in: T&C BW 2019

G.J.C. Rensen, commentaar op art. 2:26 BW, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (online, bijgewerkt 15-02-2021).

Schild & Timmerman, WPNR 2017

A.J. P. Schild & L. Timmerman, 'Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders', *WPNR* 2014, afl., 7011, p. 270-274.

Schoonbrood & Meppelink, WPNR 2016

J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Gevolgen van het voorstel tot beperking van het meervoudig stemrecht voor andere rechtspersonen dan de NV en de BV', *WPNR* 2016, afl. 7118, p. 683-686.

Schutte-Veenstra 2017

J.N. Schutte-Veenstra, 'Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in uitdijend rechtsgebied*, *VDHI nr. 140*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 8.

Strik 2010

D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 73) (diss. Rotterdam)*, Deventer: Kluwer 2010.

Strik, Ondernemingsrecht 2005/48

D.A.M.H.W. Strik, 'Aansprakelijkheid voor financiële verslaggeving in het licht van de Transparantierichtlijn', *Ondernemingsrecht* 2005/48, af. 5.

Timmerman, Ondernemingsrecht 2009/2

L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/2, af. 1.

Van Uchelen-Schipper 2018.

M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 112) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2018, hoofdstuk 3.

Van Uchelen-Schipper & de Vries, Ondernemingsrecht 2020

M.J. van Uchelen-Schipper & P.P. de Vries, 'Ontstentenis of belet van bestuurders en commissarissen in tijden van corona', *Ondernemingsrecht* 2020/76 afl. 6.

Udo 2015

F.W. Udo, *Bestuurdersaansprakelijkheid bij de ondernemende stichting* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

Vels, nysingh.nl 2020

J. Vels, 'Wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *nysingh.nl* 3 februari 2020.

Verboom 2017

U.B. Verboom, 'Aansprakelijkheid van commissarissen, in het bijzonder van leden van auditcommissies', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in uitdijend rechtsgebied*, *VDHI nr. 140*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 11.

Vetter, Tekstra & Wattel 2012

J.J. Vetter, A.J. Tekstra & P.J. Wattel, *Invordering van belastingen*, Deventer: Kluwer 2012.

Waal, tanger.nl 2017

M. de Waal, 'One Tier Board-bestuursstructuur', *tanger.nl* 31 januari 2017.

Wareman, JuTD 2021-007

J. Wareman, 'Bestuur en toezicht rechtspersonen: een update', *JuTD* 2021-007.

Westenbroek 2017

W.A. Westenbroek, '*Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*', diss. Rotterdam (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 10.

Wezeman 2009

J.B. Wezeman, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders', in: M.J. Kroeze e.a. (red.) '*Bestuur en Toezicht (instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 67)*', Deventer: Kluwer 2009, p. 93-107.

Wezeman, AA 2009

J.B. Wezeman, 'Uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen', *AA* 2009, nr. 2, p. 110-113.

Wezeman, JOR 2014/156

J.B. Wezeman, annotatie Hof Arnhem-Leeuwarden, 31 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9960, *JOR* 2014/156.

Kamerstukken:

Kamerstukken I 2010/11, 31763, B. (VV).

Kamerstukken I 2019/20, 34491, A.

Kamerstukken I 2019/20, 34491, B (VV I).

Kamerstukken I 2020/21, 34491, C (MvA I).

Kamerstukken I 2020/21, 34491, D.

Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6 (MvT).

Kamerstukken II 1991/92, 17050, nr. 147.

Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3.

Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2009/10, 31058, nr. 22.

Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3.

Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 6.

Kamerstukken II 2012/13, 28479, nr. 68 (bijlage).

Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 2.

Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 4.

Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 5.

Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 6 (NV II).

Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 7 (NvW II).

Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 8 (Nader verslag II).

Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 9 (NNV II).

Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 10 (2^e NvW II).

Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 12.

Kamerstukken II 2019/20, 34491, nr. 13.

Kamerstukken II 2019/20, 34491, nr. 14.

Kamerstukken II 2019/20, 34491, nr. 15.

Kamerstukken II 2019/20, 34491, nr. 16.

Handelingen II 1984/85, 16631, p. 6337 (mk).

Handelingen II 2015/16, 34491, nr. 5.

Wetgeving:

Wet van 21 mei 1986 houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (*Stb.* 1986, 275).

Wet van 21 mei 1986 houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (*Stb.* 1986, 276).

Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (*Stb.* 2011, 275).

Wet van 11 november 2020 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen) (*Stb.* 2020, 507).

Besluit van 11 juni 2021 tot wijziging van het Besluit van 1 december 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (*Stb.* 2021, 284).

Jurisprudentie:

HR 12 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:164
HR 14 januari 1982, ECLI:NL:HR:1983:AG4521 (*Peeters/Gatzen*)
HR 13 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3112 (*De Leeuw/Wijnen*)
HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329
HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521 (*Beklamel*)
HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994
HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1981
HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096
HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2114 (*Bodam Jachtservice*)
HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2257
HR 8 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2812 (*Pelco/Sturkenboom*)
HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873
HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5658
HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo, Gilhuis/H.*)
HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804
HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*)
HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773
HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1231
HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959 (*Willemsen/NOM*)
HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408
HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR6294
HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881 (*Spaanse villa's*)
HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079
HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153 (*Sansto/Reiziger q.q.*)
HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628 (*Tulip Air*)
HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470

Conclusie A-G P.J. Wattel 22 juni 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BR6294, bij HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR6294

Conclusie A-G Hartkamp, bij HR 24 januari 1997, ECLI:HR:1997:ZC2257, NJ 1997, 399.
HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AD4804 (Juno)

Hof 's-Gravenhage 8 juni 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AG3727
Hof Amsterdam 9 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ78882
Hof 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY9623
Hof Arnhem-Leeuwarden 11 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2007
Hof Amsterdam 27 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3926 (*VV Young Boys*)
Hof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1995
Hof Amsterdam 27 februari 2018, ECLI:NL:GHAM:2018:699

Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709 (*Ceteco*)
Rb. 's-Hertogenbosch 9 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU4403
Rb. Rotterdam 19 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6573
Rb. Den Haag 8 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9310
Rb. Noord-Holland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7539